

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 20 – Numéro 1

Année : 1989-1990

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13550>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13550>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CORPORATIONS MUNICIPALES ET LA ZONE AGRICOLE : LES RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS	1
Par Michel POIRIER	
LES DROITS ACQUIS DE LA LOI SUR LA PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	27
Par Lorne GIROUX	
LA REPRÉSENTATION VOLONTAIRE ET ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS.....	89
Par Jeffrey A. TALPIS	
TAKEOVERS AND THE DUTIES OF THE BOARD OF DIRECTORS: COMPARATIVE ASPECTS OF AMERICAN AND CANADIAN STANDARDS	131
Par Charles R. SPECTOR	
TRANSSEXUALISME ET IDENTITÉ PARENTALE	155
Par Renée JOYAL	
Chronique en droit de la santé	
LE DROIT DU PATIENT D'ÊTRE INFORMÉ : UN DROIT PROTÉGÉ PAR LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE.....	161
Par François TÔTH	
Chronique de droit civil	
CONTRATS ENTRE NON-PRÉSENTS ET CONTRATS ENTRE PRÉSENTS : Y A-T-IL UNE DIFFÉRENCE?	175
Par Serge GAUDET	
Robert P. KOURI	
LA COPROPRIÉTÉ DIVISE ÉTABLIE PAR DÉCLARATION ET LA CONVERSION DES IMMEUBLES LOCATIFS EN COPROPRIÉTÉ DIVISE - BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	203
Par Serge ALLARD	
HISTOIRE ET DROIT EN SYMBIOSE : UNE APPRÉCIATION DE L'OUVRAGE DE DESMOND H. BROWN « THE GENESIS OF THE CANADIAN CRIMINAL CODE OF 1892 »	215
Par Louise LABRÈCHE-RENAUD	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CORPORATIONS MUNICIPALES ET LA ZONE AGRICOLE : LES
RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS

Auteur(s) : Michel POIRIER

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 1-25

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13544>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13544>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CORPORATIONS MUNICIPALES ET LA ZONE AGRICOLE: LES RECENTS DEVELOPPEMENTS LEGISLATIFS*

par Michel POIRIER**

Par l'adoption de la Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1989 chap. 7, le législateur vient d'altérer de façon substantielle la Loi sur la protection du territoire agricole.

La présente étude est consacrée aux principaux aspects de ces récentes modifications qui affectent plus particulièrement les corporations municipales. Dans un premier temps, il sera question des nouvelles règles régissant la délimitation de secteurs exclusifs et de l'impact de l'identification de ceux-ci à l'égard des corporations municipales. Par la suite, les nouvelles dispositions relatives à certaines activités agricoles seront étudiées de façon à dégager leur influence sur la réglementation municipale.

By adopting An Act to amend the Act to Preserve Agricultural Land L.Q. 1989, chap. 7, the government has brought about substantial alterations to the Act to Preserve Agricultural Land.

This study is centred on those aspects of the recent amendments which particularly affect municipal corporations. The question dealt with initially will be the new regulations relating to the demarcation of exclusive sectors and the impact that they will have on municipal corporations. This will be followed by a discussion of the new provisions in respect to certain agricultural activities in order to estimate their influence on municipal by-laws.

*. Texte d'une conférence prononcée à l'occasion d'un colloque sur le «Zonage agricole» organisé le 27 octobre 1989 par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke en collaboration avec son Association de diplômés.

** . Avocat, Monty, Coulombe & Associés, Sherbrooke.

(1989) 20 R.D.U.S.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
Première Partie LES SECTEURS EXCLUSIFS.....	4
Section 1: Le processus de délimitation des secteurs exclusifs.....	4
Section 2: Les conséquences de l'inclusion d'un lot dans un secteur exclusif.....	9
Section 3: Les mesures transitoires	12
 Deuxième Partie LA REGLEMENTATION DES CORPORATIONS MUNICIPALES ET LA ZONE AGRICOLE.....	 13
Section 1: Le contexte.....	13
Section 2: Les récentes modifications	17
 CONCLUSION	 25

INTRODUCTION

En adoptant la *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole*¹, l'Assemblée Nationale altérerait récemment, de façon substantielle, le régime de protection des terres agricoles au Québec. la Loi contient de nombreuses dispositions. Nous nous contenterons d'aborder ici celles qui affectent le plus les corporations municipales tant régionales que locales².

-
1. *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q., 1989, c. 7. Le projet de Loi a été adopté le 6 avril et sanctionné le 12 avril 1989. L'article 36 de la Loi édicte que les dispositions de la Loi entrent en vigueur à la date ou aux dates fixées par le gouvernement. Le 1er juillet 1989, sont entrés en vigueur les articles 1 et 4, le paragraphe 3 de l'article 19, les articles 20, 21, 24, 25, 26, 27, 31, le premier alinéa de l'article 33 et l'article 35 de la Loi (1989 121 G.O. Partie II, p. 3457). Le 2 août 1989, les articles 3, 5 à 18, les paragraphes 1^o et 2^o de l'article 19, les articles 22, 23, 27, 28, 30, 32, les 2^o et 3^o alinéas de l'article 33 et l'article 34 de la Loi entraient en vigueur. (1989) 121 G.O. Partie II, p. 4795). Le seul article de la Loi qui ne soit pas encore en vigueur est l'article 2 qui modifie l'article 4 de la *Loi sur la protection du territoire agricole* pour réduire le nombre de membres de la Commission et le nombre de vices-présidents de celle-ci.
 2. Nous avons choisi de ne pas traiter de façon exhaustive de tous les aspects des nouvelles modifications qui affectent les corporations municipales. A titre d'exemple, nous n'insisterons pas sur le paragraphe 9^o du nouvel article 62 qui prescrit que pour rendre une décision ou émettre un avis ou un permis dans une affaire qui lui est soumise, la Commission doit se baser entre autres sur «l'effet sur le développement économique de la région sur preuve soumise par une municipalité régionale de comté, une corporation municipale, une communauté, un organisme public ou un organisme fournissant des services d'utilité publique». De plus, les récents amendements à l'article 59 de la loi font en sorte que la corporation municipale qui étudie une demande d'autorisation et qui fait une recommandation à la Commission doit maintenant indiquer si la demande est conforme ou non à ses règlements. La municipalité régionale de comté appelée à se prononcer dans le cadre d'une demande portant sur l'inclusion ou l'exclusion d'un lot dans la zone agricole devra pour sa part indiquer si la demande est conforme ou non au règlement de contrôle intérimaire, au schéma d'aménagement ou au document complémentaire en vigueur. Le nouvel article 62.2 permet à la Commission de refuser une demande pour le seul motif qu'elle n'est pas accompagnée des indications requises quant aux divers instruments d'urbanisme.

(1989) 20 R.D.U.S.

En vertu de la Loi, la Commission de protection du territoire agricole devra dorénavant délimiter le périmètre de secteurs exclusifs à l'intérieur desquels s'appliqueront des mesures encore plus draconiennes que celles qui prévalent actuellement à l'intérieur des zones agricoles. Ce sera l'objet de la première partie de notre étude. La loi telle que modifiée suite aux récents amendements contient de plus une nouvelle section portant sur certaines activités agricoles exercées en zone agricole, laquelle est susceptible d'influencer de façon importante l'exercice du pouvoir réglementaire des corporations municipales. C'est l'objet de la seconde partie de notre texte.

Première Partie LES SECTEURS EXCLUSIFS

Section 1: Le processus de délimitation des secteurs exclusifs

Suite à l'adoption de la *Loi sur la protection du territoire agricole* en 1978, le gouvernement a défini, par décret, les frontières des zones agricoles. Ces décrets faisaient suite à des recommandations de la Commission qui avait préalablement consulté les municipalités locales³.

En 1979, l'Assemblée nationale adoptait la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* qui prévoyait la mise sur pied des municipalités régionales de comté (M.R.C.) et l'élaboration par celles-ci de schémas d'aménagement dans les sept années de l'entrée en vigueur de la Loi⁴. Au cours des années '80, les M.R.C. du Québec ont effectivement procédé à l'élaboration et à l'adoption de leurs schémas d'aménagement.

Comme les schémas d'aménagement devaient définir les grandes affectations de l'ensemble du territoire des M.R.C. y compris les zones agricoles au sens de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, des mécanismes d'harmonisation se devaient d'être forcément mis en place afin d'assurer la cohérence nécessaire entre le périmètre des parties du territoire affectées à des fins agricoles dans les schémas et les limites des zones agricoles décrétées en vertu de la *Loi sur la protection du territoire agricole*. Comme on le sait, la *Loi sur la protection du territoire agricole* était modifiée en 1985 de façon à permettre à la Commission de protection du territoire agricole de négocier avec les municipalités régionales de comté ou les communautés urbaines, la révision des frontières des zones agricoles, suite

3. Voir les articles 47 et suivants de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.R.Q., c. P-41.1 (L.P.T.A.).

4. Article 3 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., c. A-19.1 (L.A.U.).

POIRIER, Michel

à l'adoption par celles-ci des schémas d'aménagement⁵.

A l'heure actuelle, le gouvernement a déjà approuvé, par décret, le plan révisé de la zone agricole d'un certain nombre de municipalités régionales de comté. D'autres M.R.C. en sont venues à des ententes de principe avec la Commission mais le décret confirmant l'entente n'a pas été publié. Enfin, le processus de négociation n'a pas encore été complété dans un certain nombre de dossiers.

La détermination des frontières des zones agricoles est importante non seulement en raison du fait que les prohibitions de la Loi s'appliquent uniquement à l'intérieur de ces zones mais aussi parce que les limites de la zone agricole prévues par le schéma d'aménagement devront normalement être réajustées en fonction du périmètre des zones apparaissant aux plans révisés des zones agricoles suivant les dispositions de l'article 69.4 de la Loi.

Les récents amendements à la Loi ajoutent une nouvelle section traitant des secteurs exclusifs. Les articles 69.01 à 69.08 de la Loi prévoient maintenant l'identification à l'intérieur des zones agricoles de secteurs identifiés comme «secteurs exclusifs». A l'intérieur de ces secteurs, les règles applicables seront beaucoup plus rigides comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin. Le gouvernement entend par cette mesure protéger encore davantage les ensembles fonciers qui se distinguent par la qualité de leur potentiel agricole.

En vertu de l'article 69.03 de la Loi, la délimitation du périmètre des secteurs exclusifs se fait par décret du gouvernement suite à des recommandations de la Commission de protection du territoire agricole.

L'article 69.01 de la Loi prescrit que la Commission doit identifier comme secteurs exclusifs, sur le plan de la zone agricole, «toute partie de celle-ci qu'elle détermine à partir de l'identification des sols possédant un potentiel agricole de classe 1, 2 ou 3 et des sols organiques tel qu'inventorié sur les cartes de possibilités d'utilisation agricole des sols réalisées dans le cadre de l'Inventaire des terres du Canada». La même disposition précise que les sols organiques visés sont ceux bénéficiant d'un climat d'au moins 2500 unités thermiques-maïs.

C'est au début des années 1960 que l'on a commencé à dresser l'Inventaire des terres du Canada auquel réfère l'article 69.01 et sur lequel

5. *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q., 1985, c. 26, art. 23 ajoutant les articles 69.1 à 69.4 de la Loi.

(1989) 20 R.D.U.S.

se base, du reste, la Commission dans la plupart de ses décisions⁶. On a ainsi procédé à un relevé complet des terres ayant un quelconque potentiel agricole, ce qui implique près du tiers de la superficie du territoire canadien.

L'Inventaire classe les sols en sept classes. En vertu des critères retenus, les sols de la classe 1 ne comportent aucun facteur restreignant leur utilisation à des fins agricoles. À l'opposé, les sols de la classe 7 n'offrent aucun potentiel pour la culture ou le pâturage⁷.

L'Inventaire repose sur une méthodologie certaine. Il n'en demeure pas moins que le relevé implique l'appréciation plus ou moins subjective de facteurs ou de combinaison de facteurs servant à jauger le potentiel agricole d'un terrain (v.g. profondeur des sols, climat, capacité de rétention de l'eau, érosion, salinité, topographie, pierrosité, etc.). L'assignation d'un terrain à une classe particulière n'a donc rien d'absolu. Il peut fort bien arriver qu'une nouvelle analyse d'un terrain en particulier fasse ressortir des conclusions fort différentes de celles apparaissant à l'Inventaire. De plus, la situation peut varier dans le temps. Cela est particulièrement vrai dans le cas de terrains ayant fait l'objet de travaux d'amélioration (v.g. drainage, etc.) susceptibles de modifier leur potentiel agricole.

D'autre part, les concepteurs de la méthodologie utilisée ont privilégié certaines cultures par rapport à d'autres dans le cadre de l'appréciation du potentiel agricole des terres. L'Inventaire n'a donc pas été fait en fonction des mêmes objectifs que ceux visés par la loi. Il en est découlé notamment une sous-évaluation des sols propices à certaines cultures particulières (v.g. culture des bleuets, du tabac ou des fruits de verger) qui mériteraient peut-être d'être mieux protégés.

À tout événement, c'est à partir des sols de classe 1, 2 et 3 et de certains sols organiques que la Commission doit identifier les secteurs exclusifs. Cela représente une superficie relativement restreinte⁸:

«Au Québec, près de 95% des terres ne se prêtent absolument pas à l'agriculture (classe 7) ou ne

-
6. Wendy SIMPSON-LEWIS et al., *Les terres de choix du Canada: Une étude sélective de l'utilisation des terres dans une perspective nationale*, Direction générale des terres, Environnement Canada, dossier cartographique no. 4, Ottawa, 1980, p. 3.
 7. Pour une description des caractéristiques de chacune des classes, voir W. SIMPSON-LEWIS et al., *op. cit.*, note 6, p. 4.
 8. *Idem*, p. 5.

POIRIER, Michel

sont même pas classées à des fins agricoles. (...) Dans cette vaste province de plus de 135 millions d'hectares, il n'y a que 19,553 ha, soit 0,01% du sol, qui appartiennent à la classe 1. Cette précieuse ressource en terres agricoles se trouve dans la région de Montréal et Valleyfield, précisément là où commence l'empiètement des villes sur la campagne. Les autres terres agricoles de qualité se composent de 909,671 ha de classe 2 et de 1,281,043 ha de classe 3. Presque l'ensemble de ces terres appropriées à l'agriculture sont situées dans les basses-terres du St-Laurent».

Il est important de noter que suivant les termes utilisés par l'article 69.01 de la Loi, le secteur exclusif ne doit pas nécessairement comprendre que des sols possédant un potentiel agricole de classe 1, 2 ou 3 ou des sols organiques répondant aux caractéristiques prévues. En effet, ce n'est qu'à partir des sols de ces catégories que seront déterminées les limites du secteur exclusif, ce qui n'empêche pas la Commission, et par voie de conséquence, le gouvernement, d'y inclure des sols qui ne répondent pas à ces normes. A l'inverse, les sols de classe 1, 2 ou 3 n'ont pas nécessairement à être tous intégrés à l'intérieur du périmètre du secteur exclusif. Cette marge discrétionnaire conférée à la Commission s'explique par les objectifs d'homogénéité des secteurs qui doivent être poursuivis. Nous ne croyons pas toutefois que les dispositions de la loi puissent être interprétées comme permettant l'identification de secteurs exclusifs ne comportant que des sols de classe 4, 5, 6 ou 7.

Suivant les dispositions de la nouvelle section, c'est la Commission de protection du territoire agricole qui, de son propre chef, identifie, dans un premier temps, les limites du secteur exclusif sur le plan de la zone agricole. En vertu de l'article 69.03, le plan de la zone agricole comprenant le secteur exclusif et la description technique sont soumis par la suite à la corporation municipale locale de même qu'à la M.R.C. concernées. La Commission doit également soumettre ces documents à la Confédération de l'Union des producteurs agricoles. Les corporations municipales et la Confédération de l'Union des producteurs agricoles peuvent, dans les 60 jours, transmettre à la Commission leurs recommandations en vue d'en arriver dans ce délai à une entente avec elle sur le contenu de ceux-ci.

A l'expiration du délai prescrit, la Commission soumettra au gouvernement, pour approbation, le plan et la description technique du secteur exclusif en prenant en considération, le cas échéant, les termes de l'entente ou les représentations qui lui ont été faites. Par la suite, le

(1989) 20 R.D.U.S.

gouvernement pourra, s'il l'estime opportun, approuver le plan et la description technique du secteur exclusif avec ou sans modification et, le cas échéant, le décret les approuvant entre en vigueur le jour qui y est fixé. En vertu de l'article 69.05, copie conforme du décret sera par la suite expédiée par le secrétaire de la Commission au secrétaire-trésorier de la corporation municipale et à celui de la municipalité régionale de comté concernées, à la Confédération de l'Union des producteurs agricoles ainsi qu'au registraire de la division d'enregistrement dans laquelle est située la municipalité, pour fins d'enregistrement. Un avis de l'entrée en vigueur du décret de la zone agricole comprenant un secteur exclusif sera publié dans la Gazette Officielle du Québec et dans un journal diffusé dans la municipalité où est établie la zone agricole comportant un tel secteur exclusif.

Enfin, il faut noter que suivant l'article 35 de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole*, le gouvernement ne peut approuver un plan d'une zone agricole comprenant un secteur exclusif avant que cette zone agricole ait fait l'objet d'une révision en vertu des articles 69.1 et suivants de la Loi.

Il est intéressant de comparer la nouvelle section qui traite des secteurs exclusifs (art. 69.01 à 69.08) avec celle relative à la révision de la zone agricole (art. 69.1 à 69.4).

En vertu des articles 69.1 et suivants de la Loi, la Commission doit adresser à la Confédération de l'Union des producteurs agricoles copie d'un avis indiquant son intention de s'entendre avec la Municipalité régionale de comté ou la Communauté quant à la révision de la zone agricole. En vertu de l'article 69.02 de la Loi, seule la Municipalité régionale de comté ou la communauté et la Commission sont parties à l'entente pouvant intervenir à ce sujet bien que, dans les faits, la Confédération de l'Union des producteurs agricoles soit associée aux discussions entourant la révision de la zone agricole.

En vertu du nouvel article 69.03 de la Loi, la Confédération de l'Union des producteurs agricoles participe non seulement au processus de consultation mais on lui reconnaît, en outre, le statut de partie à l'entente pouvant éventuellement intervenir.

En second lieu, les corporations municipales locales ne participent pas formellement au processus de révision de la zone agricole. Le processus de négociation et l'entente qui peut éventuellement en découler n'impliquent que la municipalité régionale de comté ou la communauté et la Commission de protection du territoire agricole. Par contre, le Commission se doit d'expédier copie de l'avis relatif à la négociation aux

POIRIER, Michel

corporations municipales faisant partie de la municipalité régionale de comté ou de la communauté et ce, en vertu du dernier alinéa de l'article 69.1. Le nouvel article 69.03 fait en sorte que le processus d'identification des secteurs exclusifs implique non seulement la municipalité régionale de comté mais aussi la corporation municipale locale qui doit également être partie à l'entente à intervenir sur le sujet.

Enfin, il est curieux de constater que les communautés urbaines ne sont nullement impliquées dans le processus d'identification et de négociation des frontières des secteurs exclusifs sur leur territoire. L'article 69.01 est rédigé de façon très générale et permet à la Commission d'identifier un secteur exclusif sur le plan de la zone agricole d'une municipalité comprise dans le territoire d'une communauté urbaine ou d'une municipalité régionale de comté. Par contre, l'article 69.03 qui décrit le processus de négociation devant mener à un décret identifiant un secteur exclusif ne mentionne que la municipalité régionale de comté comme interlocuteur de la Commission au plan régional. Pourtant, dans le cas des dispositions relatives à la révision de la zone agricole, le législateur a bien pris soin de mentionner expressément les communautés urbaines au même titre que les municipalités régionales de comté. Les communautés urbaines sont donc exclues de ce processus et il nous semble que cela découle clairement d'un oubli du législateur qui aurait avantage à remédier à la situation à l'occasion d'une prochaine session.

Section 2: Les conséquences de l'inclusion d'un lot dans un secteur exclusif

Les articles 69.07 et 69.08 de la Loi édictent les règles applicables à l'intérieur des secteurs exclusifs.

L'article 69.07 de la Loi prescrit d'abord que la Commission de protection du territoire agricole ne peut autoriser l'exclusion d'un lot compris dans un secteur exclusif. Dans l'état actuel de la législation, il s'ensuit que seul le gouvernement pourrait exclure un lot d'un secteur exclusif. En effet, rappelons d'abord que la constitution des secteurs exclusifs est nécessairement postérieure à la révision des zones agricoles. Or, les articles 69.1 et suivants de la Loi qui traitent de la révision de la zone agricole ne s'appliquent que lorsque la municipalité régionale de comté ou la communauté procède à l'*élaboration* de son schéma d'aménagement. Les termes utilisés par l'article 69.1 font bien voir qu'il s'agit là de l'adoption du premier schéma d'aménagement. On ne peut donc procéder à la révision de la zone agricole (et, par le fait même, du secteur exclusif) suivant le processus prévu aux articles 69.1 à 69.4 suite à une modification faite au schéma d'aménagement en vertu des articles 47 à

(1989) 20 R.D.U.S.

53 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*. La Loi ne prévoit pas non plus de mécanismes de remise en question des frontières de la zone agricole une fois le schéma d'aménagement révisé en vertu des articles 54 et suivants de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*. En revanche, l'article 96 a été amendé de façon à autoriser le gouvernement à procéder à l'exclusion d'un lot compris dans un secteur exclusif.

La Commission pourra toujours autoriser l'utilisation à des fins autres que l'agriculture, le lotissement ou l'aliénation d'un lot, la coupe des érables ou émettre un permis d'enlèvement du sol arable à l'intérieur du périmètre d'un secteur exclusif. L'article 69.08 précise toutefois qu'une telle autorisation ne devra être accordée que s'il est «démontré qu'il n'y a pas, ailleurs dans le territoire de la corporation municipale, d'espace approprié disponible aux fins visées par la demande et que celle-ci est compatible avec l'agriculture ou sans effet sur la protection du territoire agricole compte tenu des dispositions des paragraphes 1 à 8 du deuxième alinéa de l'article 62».

Le fardeau de preuve requis est donc extrêmement lourd. Il faut d'abord démontrer qu'il n'y a pas, ailleurs dans le territoire de la corporation municipale, d'espace approprié disponible aux fins visées par la demande. La version originale du projet de loi exigeait la même preuve non pas à l'égard du territoire de la corporation municipale mais pour celui de la région. Il faut, en outre, faire la preuve que la demande est compatible avec l'agriculture ou sans effet sur la protection du territoire agricole compte tenu des dispositions des paragraphes 1 à 8 du deuxième alinéa de l'article 62. Dans le cadre de l'analyse d'une telle demande, la Commission ne pourra donc tenir compte de «l'effet sur le développement économique de la région» et devra écarter les facteurs qu'elle peut normalement prendre en considération, sans toutefois y être obligée, suivant les dispositions de l'article 62. Sans insister davantage, nous vous référons à l'étude de Me Louis Cormier pour une discussion plus approfondie des nouveaux critères de décision maintenant prévus à la *Loi sur la protection du territoire agricole*⁹.

Le second alinéa de l'article 69.08 prévoit un régime moins sévère pour certains projets. Les demandes d'autorisation «pour des fins d'utilité publique telles qu'un réseau d'aqueduc ou d'égout, une usine de traitement ou d'épuration des eaux, un site d'enfouissement sanitaire, un lieu de dépôt des neiges usées ou un chemin municipal» présentées par une municipalité

9. Louis A. CORMIER, «Les critères de décision maintenant prévus à la Loi sur la protection du territoire agricole». Conférence prononcée le 27 octobre 1989 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

POIRIER, Michel

régionale de comté, une corporation municipale, une communauté, un ministère, un organisme public ou un organisme fournissant des services d'utilité publique peuvent être accordées s'il est démontré à la Commission qu'il n'y a pas, «ailleurs dans le territoire de la corporation municipale, d'espace approprié disponible ou que l'implantation de ces services n'affecte pas l'homogénéité des exploitations agricoles et n'entraîne pas de modifications importantes dans l'exercice des activités agricoles».

Les dispositions de la loi applicables en zone agricole le sont également en principe dans le secteur exclusif. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que certaines règles ont été mises de côté par le régime particulier auquel est assujéti le secteur exclusif. Ces dernières dispositions doivent, en conséquence, s'interpréter restrictivement. Illustrons la situation à l'aide de deux exemples qui touchent les corporations municipales.

Premièrement, certaines dispositions applicables en zone agricole ne s'appliquent pas si le lot est situé à l'intérieur d'un secteur exclusif. Par exemple, en vertu de l'article 65 de la Loi, une corporation municipale, locale ou régionale, entre autres, peut demander l'exclusion d'un lot de la zone agricole. L'article 69.07 empêche dorénavant une telle exclusion lorsque le lot est compris à l'intérieur d'un secteur exclusif. La même conclusion se serait imposée concernant le pouvoir du gouvernement d'exclure un lot compris à l'intérieur d'un secteur exclusif n'eut été de l'amendement apporté à cette disposition par l'article 29 de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole*.

Deuxièmement, certaines dispositions continuent de s'appliquer à un lot situé dans la zone agricole que le terrain soit compris ou non dans un secteur exclusif. Ainsi, l'article 41 permet, entre autres, aux corporations municipales, locales ou régionales, d'utiliser un lot situé dans une zone agricole à des fins municipales identifiées par règlement du gouvernement et ce, sans l'autorisation de la Commission¹⁰. Rien ne vient limiter l'application de cette disposition à l'intérieur des secteurs exclusifs. En effet, les corporations municipales qui désirent utiliser un terrain à une fin autre que l'agriculture sont assujetties, en principe, aux règles générales applicables et doivent, en conséquence, requérir l'autorisation de la Commission. Si le lot visé est situé à l'intérieur d'une zone agricole, les critères des articles 62 et suivants s'appliquent sauf si le terrain est compris à l'intérieur d'un secteur exclusif auquel cas, ceux prévus à l'article 69.08

10. Voir les articles 41 et 80, pa. 7^o de la Loi et les articles 6 à 8 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du territoire agricole*, R.R.Q. (1981) c. P-41.1, r.1 tel que modifié par (1984) 116 G.O. Ptie II, 2252.

(1989) 20 R.D.U.S.

seront pertinents à l'analyse du projet. Par contre, l'article 69.08 ne traite aucunement des cas où une autorisation de la Commission n'est pas requise. A notre avis, l'article 41 de la Loi doit en conséquence recevoir application dans l'ensemble de la zone agricole y compris le secteur exclusif.

Section 3: Les mesures transitoires

Nous avons vu que l'identification des secteurs exclusifs par le biais d'un décret du gouvernement ne peut être faite avant que la zone ne soit révisée conformément aux articles 69.1 et suivants de la Loi. Une fois la révision de la zone agricole effectuée, le gouvernement pourra approuver le plan du secteur exclusif conformément au processus prévu aux articles 69.01 et suivants.

L'article 35 de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole* édicte que la Commission de protection du territoire agricole ne peut autoriser l'exclusion d'un lot dont la superficie est majoritairement constituée de sols possédant un potentiel agricole de classe 1, 2 ou 3 ou de sols organiques tel qu'inventorié sur les cartes de possibilités d'utilisation agricole des sols réalisées dans le cadre de l'Inventaire des terres du Canada tant et aussi longtemps que le plan du secteur exclusif n'a pas été approuvé par décret.

La même disposition précise que durant cette période transitoire, la Commission doit immédiatement appliquer les critères de décision prévus à l'article 69.08 de la Loi au lot dont la superficie est majoritairement constituée de sols possédant un potentiel agricole de classe 1, 2 ou 3 de même qu'aux sols organiques tel qu'inventorié sur les cartes de possibilités d'utilisation agricole des sols réalisées dans le cadre de l'inventaire des terres du Canada. Les sols organiques dont il s'agit sont ceux bénéficiant d'un climat d'au moins 2500 unités thermiques-maïs.

L'article 35 de la Loi permet enfin au gouvernement de mettre de côté les mesures transitoires susmentionnées à l'intérieur du territoire de certaines municipalités.

Deuxième Partie LA REGLEMENTATION DES CORPORATIONS MUNICIPALES ET LA ZONE AGRICOLE

Avec les récents amendements, la Loi compte maintenant une nouvelle section portant sur les «activités agricoles» c'est-à-dire ici, «la pratique de l'agriculture incluant le fait de laisser le sol en jachère, l'utilisation de produits chimiques, organiques ou minéraux, de machines et de matériel

POIRIER, Michel

agricoles». L'article 79.1 précise en outre que «sont assimilés à des activités agricoles l'entreposage, le conditionnement, la transformation et la vente des produits agricoles sur la ferme par un producteur dont la principale occupation est l'agriculture».

Les nouveaux articles 79.1 à 79.25 de la Loi ont pour objet de créer la fonction d'un commissaire chargé d'étudier les plaintes que pourront faire les producteurs qui s'estiment lésés ou susceptibles d'être vraisemblablement lésés par l'application d'un règlement municipal d'urbanisme ou relatif aux nuisances dans la pratique de leurs activités agricoles dans une zone agricole (art. 79.2 à 79.12). La nouvelle section immunise de plus toute personne à l'encontre d'une poursuite en responsabilité ou en injonction en raison des poussières, des odeurs ou des bruits qui résultent d'activités agricoles en zone agricole et prescrit certaines mesures préventives en la matière (art. 79.13 à 79.15). Enfin, un fonds spécial est constitué aux fins d'assurer la défense des producteurs agricoles contre qui «une action en dommages et intérêts ou une injonction» serait intentée en raison des poussières, des odeurs ou des bruits qui résultent d'activités agricoles en zone agricole (art. 79.16 à 79.25).

Avant d'amorcer l'étude de ces nouvelles dispositions, nous avons cru qu'il serait utile de décrire le contexte plus général de l'application des règlements municipaux dans les zones agricoles délimitées conformément à la *Loi sur la protection du territoire agricole*, à l'intérieur duquel s'inscrit la réforme.

Section 1: Le contexte

En vertu de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, chaque municipalité régionale de comté se devait d'adopter, par règlement, un schéma d'aménagement comprenant notamment ses grandes orientations en matière d'aménagement et les grandes affectations du territoire pour l'ensemble du territoire de la M.R.C.¹¹ Il en était de même pour les trois communautés urbaines du Québec.

Pendant la période de gestation des schémas d'aménagement, la Loi prévoyait un régime de contrôle intérimaire¹² et le pouvoir des municipalités régionales de comté d'adopter un règlement de contrôle intérimaire¹³.

11. Art. 3 et 5 L.A.U.

12. Art. 61 et suivants L.A.U.

13. Art. 63 et suivants L.A.U.

(1989) 20 R.D.U.S.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du schéma d'aménagement, les corporations municipales ont le pouvoir et suite à l'entrée en vigueur du schéma, l'obligation d'adopter, dans un certain délai, un plan et des règlements d'urbanisme¹⁴.

La question de l'ampleur des pouvoirs de réglementation des corporations municipales à l'intérieur des zones agricoles constituées en vertu de la *Loi sur la protection du territoire agricole* a retenu l'attention dans l'affaire *Beauvais et al. c. La Paroisse de Ste-Anne-de-Sabrevois* notamment¹⁵. L'application des règlements d'urbanisme municipaux à l'intérieur des zones agricoles établies en vertu de la *Loi sur la protection du territoire agricole* y a été confirmée.

Dans l'affaire *Sabrevois*, les demandeurs attaquaient la légalité de certaines dispositions du règlement de zonage de la municipalité. En vertu du règlement, la corporation municipale avait notamment créé deux types de zone agricole. Dans la première, tous les usages agricoles étaient permis. Dans l'autre, tous les usages agricoles étaient permis sauf les porcheries, les poulaillers et les établissements d'élevage d'animaux à fourrure.

Dans leur action, les demandeurs prétendaient notamment que la municipalité n'avait «aucun pouvoir pour établir une zone agricole par règlement, non plus que de permettre dans la zone agricole, des activités autres que l'agriculture» et qu'elle n'avait «aucun pouvoir de prohiber ou même de réglementer, par voie de règlement de zonage, des activités agricoles dans une zone agricole établie en vertu de la *Loi sur la protection du territoire agricole*»¹⁶.

C'est avec raison, à notre avis, que l'honorable juge Gérard Turmel a rejeté l'action en faisant remarquer que les dispositions de l'article 113 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* confèrent aux corporations municipales le pouvoir d'adopter un règlement de zonage pour l'ensemble de leur territoire, que la *Loi sur la protection du territoire agricole* «n'a pas enlevé à la corporation locale de pouvoir de désigner, par réglementation une zone agricole», que la corporation municipale peut réglementer les usages agricoles en zone agricole et que les restrictions imposées par la corporation municipale de Sabrevois n'étaient pas incompatibles avec la *Loi sur la protection du territoire agricole*, ce qui aurait eu pour effet de les rendre

14. Art. 33, 34, 81 et 102 L.A.U.

15. *Reynald Beauvais et al. c. La Corporation de la Paroisse de Ste-Anne-de-Sabrevois*, C.S. Iberville, 755-05-000035-855 (05.09.86) (Hon. Juge G. Turmel) présentement en appel.

16. Voir l'original du jugement, p. 2.

POIRIER, Michel

inapplicables en raison de l'article 98 de la Loi¹⁷. La doctrine en était d'ailleurs venue aux mêmes conclusions¹⁸.

La *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, faut-il le rappeler, a été adoptée postérieurement à la *Loi sur la protection du territoire agricole*. Il ressort clairement de ses dispositions que les règlements d'urbanisme des municipalités s'appliquent en zone agricole au sens de la *Loi sur la protection du territoire agricole*. Si l'article 113 de la Loi confère aux corporations municipales le pouvoir d'adopter un règlement de zonage «pour l'ensemble ou partie de son territoire», l'article 102 va même jusqu'à exiger l'adoption d'un tel règlement pour l'ensemble du territoire une fois le plan d'urbanisme de la municipalité entré en vigueur. La loi sur l'aménagement comporte, en outre, d'autres dispositions qui ne peuvent qu'être interprétées dans le sens de l'application des règlements d'urbanisme en zone agricole. A titre d'exemple, le paragraphe 22° du second alinéa de l'article 113 de la Loi qui prescrit le contenu possible du règlement de zonage vient préciser certaines règles particulières applicables dans les zones agricoles au sens de la *Loi sur la protection du territoire agricole*. Cela serait évidemment superflu si la réglementation d'urbanisme ne s'appliquait pas en zone agricole. Le dernier alinéa de l'article 116 de la Loi qui permet aux corporations municipales d'exempter les constructions agricoles sur des terres en culture de certaines exigences prévues par cet article, confirme également les pouvoirs municipaux en zone agricole.

Du reste, la *Loi sur la protection du territoire agricole* elle-même confirme explicitement les pouvoirs municipaux en zone agricole en édictant à l'article 98 que la loi «prévaut sur toute disposition inconciliable d'une loi générale ou spéciale applicable à une communauté, à une corporation municipale ou à une corporation de comté» de même que «sur toute disposition incompatible d'un schéma d'aménagement, d'un plan directeur ou d'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction». Les pouvoirs municipaux sont donc confirmés mais également limités et c'est dans la compatibilité qu'il nous faut chercher la mesure de la juridiction municipale en zone agricole.

Il importe d'établir la véritable portée de la *Loi sur la protection du*

17. Voir, en particulier, la page 11 de l'original du jugement.

18. Voir, Jane MATTHEWS GLENN, «La coexistence de la Loi sur la protection du territoire agricole et la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme», in Michel POIRIER, éd. *Droit québécois de l'aménagement du territoire*, Sherbrooke, Les Editions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1983, 279, 196-198 et Jacques L'HEUREUX, *Droit Municipal Québécois*, Montréal, Editions Sorej, 1984, Tome II, p. 750 et ss.

(1989) 20 R.D.U.S.

territoire agricole afin d'être en mesure d'évaluer si une loi générale ou spéciale est conciliable ou non avec cette dernière ou si une disposition d'un schéma d'aménagement, d'un plan directeur ou d'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction est compatible ou non avec cette loi.

A la lecture de la loi, on constate d'abord que par le biais d'une rédaction sous forme négative, elle vise essentiellement à interdire, sans l'obtention d'une autorisation de la commission, certains actes de nature à nuire à la protection du territoire agricole. Il est interdit d'utiliser un lot situé dans une zone agricole à une fin autre que l'agriculture (article 26), d'utiliser une érablière située dans une zone agricole, à une autre fin, ni d'y faire la coupe des érables, sauf pour des fins sylvicoles de sélection ou d'éclaircie (article 27), d'effectuer un lotissement dans une zone agricole (article 28) ou d'aliéner un lot en certaines circonstances (article 29). Il importe également de souligner qu'aucune disposition ne vient reconnaître le droit à quiconque d'exercer une ou des activités agricoles à l'intérieur des zones agricoles au sens de la loi.

Ces dispositions illustrent bien l'intention du législateur qui s'est limité à mettre fin à certaines pratiques de nature à mettre en péril les sols les plus propices à l'agriculture. L'intention n'était nullement de promouvoir par des mesures positives le développement de l'agriculture. Du reste, cela ressort clairement des fonctions confiées à la Commission de protection du territoire agricole par l'article 3 de la loi.

Une fois admise l'application des règlements municipaux d'urbanisme à l'intérieur des zones agricoles au sens de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, la formulation négative de cette dernière loi prend une importance considérable lorsqu'il s'agit de déterminer si une disposition particulière d'un règlement municipal est incompatible ou non avec cette loi. Cela signifie qu'une réglementation ne sera incompatible avec la *Loi sur la protection du territoire agricole* que lorsqu'elle visera à permettre ce que la *Loi sur la protection du territoire agricole* prohibe. En effet, si le texte de la loi révèle que l'intention du législateur est d'interdire certaines pratiques dans les zones agricoles, on peut conclure qu'un règlement incompatible en sera un qui, par exemple, permettra une pratique par ailleurs interdite par la loi. En pareil cas, c'est évidemment la *Loi sur la protection du territoire agricole* qui prévaudrait, comme le prévoit son article 98 et l'usage permis par le règlement municipal ne serait possible que si la loi l'y autorise ou si la commission y autorise.

Les remarques que nous venons de faire relativement aux règlements d'urbanisme d'une municipalité valent également pour les pouvoirs

POIRIER, Michel

réglementaires que peuvent exercer les corporations municipales en matière de nuisances en vertu des articles 546 du *Code municipal* et 463 de la *Loi sur les cités et villes*.

Section 2: Les récentes modifications

Il ressort de ce qui précède que les zones agricoles au sens de la *Loi sur la protection du territoire agricole* ne sont nullement des enclaves à l'intérieur desquelles les règlements municipaux ne s'appliquent pas. Au contraire, ce n'est que très rarement qu'il faudra mettre de côté un règlement municipal en raison de son incompatibilité avec les dispositions de la loi. C'est sur cette toile de fond que s'inscrivent les nouvelles dispositions de la section relative aux activités agricoles.

Le commissaire aux plaintes

La *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole* prévoit, entre autres, la mise sur pied d'un mécanisme particulier d'intervention en faveur des producteurs agricoles dans le cadre de l'exercice par les municipalités de leurs pouvoirs réglementaires en matière d'urbanisme et de nuisances. C'est la plainte faite auprès du commissaire prévu par les articles 79.3 et suivants de la loi dont l'application relève du ministère de la Justice.

L'article 79.3 de la loi permet à un «producteur qui se croit lésé ou qui estime pouvoir vraisemblablement être lésé par l'application d'un règlement municipal d'urbanisme ou relatif aux nuisances, qui affecte ses activités agricoles pratiquées dans une zone agricole» d'adresser une plainte écrite à un commissaire nommé par le gouvernement.

Le producteur agricole auquel on réfère ici est un producteur au sens de la *Loi sur les producteurs agricoles*, c'est-à-dire une personne engagée dans la production agricole et dont la production destinée à la mise en marché est d'une valeur annuelle supérieure à 3 000,00 \$¹⁹. D'autre part, il faut rappeler que par «activité agricole», il faut entendre «la pratique de l'agriculture incluant le fait de laisser le sol en jachère, l'utilisation de produits chimiques, organiques ou minéraux, de machines et de matériel agricoles». Sont également assimilés à des activités agricoles pour les fins de ces dispositions, «l'entreposage, le conditionnement, la transformation et la vente des produits agricoles sur la ferme par un producteur dont la principale occupation est l'agriculture». Cet ajout élargit considérablement la définition habituelle de l'agriculture pour y intégrer des activités à

19. *Loi sur les producteurs agricoles* L.R.Q., c. P-28, art. 1.

(1989) 20 R.D.U.S.

caractère commercial ou industriel.

Les règlements visés par l'article 79.3 sont les règlements municipaux d'urbanisme et ceux relatifs aux nuisances. Les règlements d'urbanisme dont il s'agit sont ceux prévus au chapitre IV de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* qui porte sur «les règlements d'urbanisme d'une municipalité». Il s'agit donc des règlements de zonage, de lotissement, de construction, du règlement prévu à l'article 116 de la Loi sur l'aménagement et de celui relatif aux permis et certificats. Par voie de conséquence, le commissaire n'a pas juridiction à l'égard du schéma d'aménagement de la Municipalité régionale de comté et du plan d'urbanisme de la municipalité, quoique ces deux instruments de planification soient adoptés par règlement. Quant aux règlements sur les nuisances, ce sont ceux susceptibles d'être adoptés par les corporations municipales en vertu des articles 546 du *Code municipal* de même que 415 (25) et 463 de la *Loi sur les cités et villes*.

D'autre part, nous sommes d'avis que le commissaire n'a juridiction qu'à l'égard d'un règlement en vigueur. Il ne pourrait donc agir suite à une plainte faite sur la base d'un simple projet de règlement. Il nous apparaît en effet invraisemblable d'imputer au législateur l'intention de permettre un débat devant le commissaire aux plaintes parallèlement à la procédure normale l'adoption des règlements et particulièrement celle applicable dans le cas des règlements d'urbanisme²⁰.

Lorsqu'il considère qu'une plainte dont il est saisi justifie son intervention, le commissaire en informe la municipalité et publie dans un journal diffusé dans son territoire un avis qui résume la plainte et reproduit le texte du règlement municipal. Cet avis doit aussi mentionner que «toute personne intéressée à intervenir et faire valoir son point de vue concernant cette plainte» doit l'en aviser dans les 30 jours de la publication.

Pour l'examen de la plainte, le commissaire est assisté de deux personnes désignées par le ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation et de deux personnes désignées par le ministre des Affaires municipales. Il s'agit de personnes ressources dont le rôle se limite à aider le commissaire dans l'étude des questions qui lui sont soumises. Même si elles peuvent exprimer des opinions sur certains aspects du dossier, le rapport qui devra être déposé suite à l'examen ne relève que de la seule responsabilité du commissaire.

La loi n'impose pas une procédure rigide d'examen des plaintes.

20. Voir les articles 123 et suivants L.A.U.

POIRIER, Michel

Elle prévoit d'abord que le commissaire peut convoquer les parties et les intervenants pour obtenir leur point de vue. Cette convocation n'étant pas obligatoire, il semble bien que le commissaire pourrait, en respectant la lettre de la loi, étudier la plainte sans avoir convoqué les parties. Si les parties sont convoquées, il faut bien comprendre que la procédure prévue n'impliquerait pas nécessairement de débat contradictoire dans le cadre duquel les parties pourraient échanger leurs arguments en présence du commissaire. Enfin, il est important de remarquer que le commissaire ne jouit d'aucun pouvoir d'enquête ni de l'immunité conférée en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*²¹.

En vertu de la loi, une audience publique ne sera tenue que si le commissaire le juge à propos. Dans un tel cas, non seulement les parties et les intervenants en seront-ils avisés mais il fera en outre publier dans un journal diffusé dans le territoire de la municipalité en cause un résumé du contenu de la plainte qui indiquera le jour, l'heure et le lieu de l'audience. On peut penser que des groupes ou personnes qui n'avaient pas signifié précédemment leur intention d'intervenir, pourront être entendus à l'audience.

La loi prévoit enfin que le commissaire produit avec diligence un rapport motivé de ses constatations ou recommandations et le fait publier dans un journal diffusé dans le territoire de la municipalité en cause. Il n'a aucun pouvoir coercitif à l'égard de l'exercice du pouvoir réglementaire des municipalités.

Il faudrait se garder de croire que les fonctions du commissaire sont de la nature de celles du protecteur du citoyen du Québec.

En vertu des dispositions de la *Loi sur le protecteur du citoyen*²², le rôle de ce dernier est d'intervenir «chaque fois qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une personne ou un groupe de personnes a été lésé ou peut vraisemblablement l'être, par l'acte ou l'omission d'un organisme public, de son dirigeant, de ses membres ou du titulaire d'une fonction, d'un emploi ou d'un office qui relève de ce dirigeant». Compte tenu des définitions de la loi, il est clair que le rôle du protecteur se limite à la protection des citoyens face aux fonctionnaires de l'appareil administratif. C'est d'ailleurs ce que confirmait Me Louis Marceau, premier protecteur du citoyen, lorsqu'il écrivait qu'en «instituant un protecteur, elle a reconnu à travers un citoyen, le droit de chacun de contrôler directement, lui-même, les décisions administratives qui le concernent en tant qu'in-

21. *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37.

22. *Loi sur le protecteur du citoyen*, L.R.Q., c. P-32.

(1989) 20 R.D.U.S.

dividu, membre de la collectivité»²³.

Par ailleurs, il est également clair qu'en principe, le protecteur du citoyen ne doit pas exprimer d'opinion à caractère politique sur l'opportunité ou non d'une mesure législative ou réglementaire du gouvernement. Dans son rapport de 1974, le Protecteur du citoyen précisait à cet égard qu'il «ne me revient pas de prendre partie sur des options politiques ou de discuter les principes de base d'une mesure législative ou d'un programme gouvernemental»²⁴.

Par comparaison, le rôle attribué au commissaire est d'une toute autre nature. Il ne consiste pas à protéger les producteurs agricoles contre les abus des fonctionnaires municipaux comme peut le laisser croire à prime abord la lecture de l'article 79.3 et la référence qu'on y fait à la notion «d'application» des règlements. La loi confie plutôt au commissaire le mandat de porter des jugements sur l'opportunité politique de certains règlements adoptés par un conseil municipal démocratiquement élu. Cela ressort clairement de l'article 79.8 qui énumère les critères qui doivent obligatoirement guider le commissaire dans l'exercice de ses fonctions:

«Dans l'examen d'une plainte, le commissaire prend en considération notamment les règles de l'art en matière d'activités agricoles, le respect de la législation, de la réglementation et des ordonnances autres que celles prises en vertu de la présente loi qui régissent ces activités ainsi que les conséquences du règlement municipal sur les activités agricoles du plaignant et sur celles des autres producteurs de la zone agricole».

Lorsque l'on examine les pouvoirs du commissaire et particulièrement les éléments qu'il devra obligatoirement prendre en considération dans le cadre de l'examen des plaintes qui lui seront soumises, on constate que son appréciation dépasse largement l'aspect légal du règlement mais porte essentiellement sur son opportunité. C'est le choix des élus municipaux qui est ici soumis au jugement d'un tiers qui

23. Louis MARCEAU, «Le protecteur du citoyen: les institutions publiques traditionnelles et les tribunaux administratifs» (1970) 30 R. du B. 67, 73 (les italiques sont les nôtres).

24. *Le Protecteur du citoyen, 6e Rapport annuel*, Québec, 1974, p. 68. Le protecteur peut occasionnellement formuler des propositions de réforme depuis l'adoption des articles 27.1 et suivants de la Loi en 1987.

POIRIER, Michel

finalement recommandera (sans toutefois pouvoir l'imposer) que le règlement soit maintenu tel quel, modifié ou encore abrogé.

En somme, dans l'exercice de ses fonctions, le commissaire devra faire ce que le protecteur du citoyen doit, en principe, s'abstenir de faire sauf dans le cadre de l'article 27.3 de la Loi le régissant à savoir, porter un jugement quant à l'opportunité politique de l'adoption d'une mesure législative. Il ne s'agit donc pas ici de protéger les producteurs agricoles contre des gestes fautifs de la fonction publique municipale. Il s'agit de réexaminer le bien fondé ou non d'une mesure législative adoptée par un conseil municipal démocratiquement élu.

Le régime d'immunité

Les nouveaux articles 79.13 à 79.15 créent un régime particulier de responsabilité à l'égard de l'émission de poussières, d'odeurs ou de bruits qui résultent d'activités agricoles en zone agricole. Ces dispositions visent à mettre certaines personnes à l'abri de tous recours en responsabilité à l'égard d'un tiers en raison des poussières, des odeurs ou des bruits qui résultent d'activités agricoles en zone agricole. L'article 79.13 précise de plus qu'une personne ne peut être empêchée par un tiers d'exercer ses activités agricoles si elle les exerce en respectant la législation, la réglementation et les ordonnances prises en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui régissent les poussières, les odeurs ou les bruits résultant d'activités agricoles en zone agricole. L'article 79.14 va jusqu'à imputer au demandeur ou au requérant le fardeau de prouver que la personne qui exerce ses activités agricoles a contrevenu à la législation, à la réglementation ou aux ordonnances prises en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui régissent les poussières, les odeurs et les bruits résultant d'activités agricoles.

Les bénéficiaires de l'immunité varient selon le type d'activité agricole exercée. Ainsi, toute personne qui exerce, en zone agricole, une activité agricole au sens du premier alinéa de l'article 79.1 de la loi en bénéficie. Par contre, il faut être producteur et avoir comme principale occupation l'agriculture pour être en mesure de brandir l'article 79.13 à l'encontre d'une poursuite lorsque l'activité agricole visée est «l'entreposage, le conditionnement, la transformation et la vente des produits agricoles sur la ferme».

L'immunité ne vaut, en second lieu, que dans la mesure où l'activité est exercée conformément à la *Loi sur la qualité de l'environnement*, à ses règlements et aux ordonnances prises en vertu de ses dispositions. La violation des dispositions d'un règlement municipal sur les nuisances ne

(1989) 20 R.D.U.S.

ferait donc pas perdre le bénéfice de l'article 79.13. La législation québécoise se distingue nettement à cet égard de la législation ontarienne applicable qui confère une immunité au seul producteur agricole qui respecte les règlements municipaux d'urbanisme et un certain nombre de lois provinciales²⁵.

Les poussières, les odeurs et les bruits sont susceptibles d'être des «contaminants» au sens de la *Loi sur la qualité de l'environnement*²⁶. Il est donc prohibé de rejeter ou d'émettre de tels éléments dans l'environnement en vertu de l'article 20 de la Loi s'il «est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens». Il est également prohibé de rejeter un tel contaminant dans l'environnement si un règlement contient une prohibition expresse à cet effet ou d'en rejeter au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement, le cas échéant, et ce, toujours selon l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. La preuve de ces

25. Voir, *An Act respecting the protection of Farm Practices*, S.O., 1988, c. 62 dont l'article 2-(1) se lit comme suit:

«2-(1) A person who carries on an agricultural operation
and who, in respect of that agricultural operation,
does not violate,

(a) any land use control law;
(b) the *Environmental Protection Act*;
(c) the *Pesticides Act*;
(d) the *Health Protection and Promotion Act*, 1983; or
(e) the *Ontario Water Resources Act*;

is not liable in nuisance to any person for any
odour, noise or dust resulting from the agri-
cultural operation as a result of a normal farm
practice and shall not be prevented by injunction
or other order of a court from carrying on the
agricultural operation because it causes or
creates an odour, a noise or dust».

L'article 1 précise, par ailleurs, que l'expression «land use control law» means any Act and any regulation, plan or by-law made under the authority of an Act that restricts or prescribes the use to which land or premises may be put or the nature of business or activities that may be carried on on any land or premises;»

26. Art. 1, par. 5° de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2 (L.Q.E.). Voir, entre autres, *R. C. Alex Couture Inc.*, (1984) C.S.P. 1145 et *Prette c. Alex Couture*, J.E. 86-396, C.U.M. c. 102048 *Canada Ltée*, J.E. 83-432, *Bourassa c. Entreprises B.C.P. Ltée*, J.E. 81-725.

POIRIER, Michel

éléments incombe toutefois au poursuivant.

L'article 79.13 s'ajoute aux dispositions de l'article 100 de la loi qui prévoit déjà un régime particulier visant à immuniser des producteurs agricoles contre certains recours dans le cas de pollution. L'article 100 ne protégeait que l'exploitation de production animale construite ou agrandie en vertu d'un certificat d'autorisation délivré suivant les dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement* et ce, antérieurement à l'érection d'un bâtiment résidentiel, commercial, industriel ou institutionnel. La disposition confère également une certaine protection aux fermes d'élevage d'animaux établies ou agrandies avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec.

Par comparaison avec l'article 100, l'article 79.13, même interprété restrictivement comme il se doit, n'en élargit pas moins le champ de l'immunité en paralysant les recours en responsabilité à l'égard d'un tiers et en injonction en raison des poussières, des odeurs ou des bruits qui résultent des activités agricoles et en prescrivant que la personne ne peut être empêchée d'exercer ses activités agricoles. Contrairement à l'article 100, les nouvelles dispositions s'appliquent à toutes les activités agricoles au sens de l'article 79.1 sans égard à l'antériorité ou non de l'établissement de l'exploitation agricole.

L'avant-dernier alinéa de l'article 100 vient préciser que l'immunité conférée ne s'applique pas «si les dommages résultent d'une faute intentionnelle ou grossière ou s'ils ne découlent pas directement d'activités reliées à la production animale». L'article 79.13 ne contient pas de précisions équivalentes mais il nous paraîtrait pour le moins harsardeux d'imputer au législateur l'intention de protéger, par le biais de l'article 79.13, les personnes commettant une faute intentionnelle ou grossière.

Les récents amendements contiennent des mesures qui visent à prévenir des situations conflictuelles entre voisins en zone agricole. Le nouvel article 79.15 de la Loi édicte qu'une personne qui désire ériger sur son lot situé en zone agricole un bâtiment autre qu'agricole, doit respecter à l'égard des exploitations agricoles avoisinantes toutes les normes de distance imposées à ces dernières dans l'application de toute loi ou de tout règlement en vigueur lors de l'érection.

En vertu de la nouvelle disposition, «la corporation municipale ne peut délivrer un permis de construction lorsque cette norme n'est pas respectée par le propriétaire du lot visé par la demande sauf si ce dernier dépose, pour fins d'enregistrement, au bureau de la division d'enregistrement concerné, une déclaration par laquelle il renonce, à

(1989) 20 R.D.U.S.

l'égard de chacune des exploitations agricoles avoisinantes devant respecter une telle norme de distance, aux recours qu'il aurait pu invoquer s'il avait lui-même respecté les normes imposées».

L'érection d'un bâtiment autre qu'agricole en zone agricole est fréquente. Par exemple, elle peut résulter de l'exercice de droits acquis conformément aux articles 101 et suivants de la Loi ou encore, faire suite à une autorisation de la commission. Enfin, faut-il rappeler qu'une résidence, même celle d'un agriculteur, est un bâtiment autre qu'agricole au sens de la loi?

En vertu des nouvelles dispositions, l'érection d'un bâtiment non agricole près d'une exploitation agricole ne pourra se faire en deçà des normes qui devraient s'appliquer dans l'hypothèse de l'implantation d'un bâtiment agricole à proximité d'une construction non agricole sauf si le propriétaire renonce à ses droits en la manière prévue. C'est la règle de la réciprocité.

L'article 79.15 réfère aux lois et règlements provinciaux qui imposent des normes de distance à respecter par rapport à des bâtiments autres qu'agricoles lorsque l'on désire implanter une construction agricole. A l'heure actuelle, de telles normes sont à peu près inexistantes et se retrouvent dans le *Règlement sur la prévention de la pollution des eaux par les établissements de production animale*²⁷. L'article 79.15 vise également les règlements municipaux susceptibles d'imposer de telles normes de distance en vertu du paragraphe 4^o du second alinéa de l'article 113 de la *Loi sur l'aménagement* de même que l'avant-dernier alinéa de la même disposition.

Le fonds spécial

Les dernières dispositions de la nouvelle section prévoient la mise sur pied d'un fonds spécial destiné à «assurer la défense des producteurs contre qui une action en dommages-intérêts ou une procédure en injonction est intentée en raison des poussières, des odeurs ou des bruits qui résultent d'activités agricoles» (art. 79.16). On ne pourra avoir recours au fonds que dans la mesure où la *Loi sur la qualité de l'environnement* et les règlements adoptés sous son empire ont été respectés par le producteur. Les articles 79.17 à 79.25 prescrivent diverses règles quant à la mise en place et la gestion du fonds. Ces dispositions sont, à notre connaissance, sans précédent au Canada.

27. *Règlement sur la prévention de la pollution des eaux par les établissements de production animale*, R.R.Q. c. Q-2, r. 18.

CONCLUSION

La *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole* a été adoptée malgré la vive opposition du monde municipal²⁸.

L'identification de secteurs exclusifs modifiera de façon sensible le contexte de la planification à l'échelle régionale et locale. On peut mettre en doute la sagesse d'introduire de telles mesures au moment où les schémas viennent d'être adoptés et que le processus de révision des zones agricoles est formellement ou factuellement complété dans la majorité des M.R.C. du Québec.

La nouvelle section sur les activités agricoles traduit, par ailleurs, une méfiance sans précédent à l'égard des institutions municipales. Plutôt que de chercher à intégrer davantage les producteurs agricoles à la vie municipale, le gouvernement en fait une classe à part. Au lieu de définir des procédures d'arbitrage de nature à harmoniser des intérêts divergents, le gouvernement met en place des mécanismes conçus apparemment sur mesure pour favoriser la confrontation. Dans ce contexte, la résistance des élus municipaux est fort compréhensible.

28. «L'Assemblée nationale suspend ses travaux pour permettre une médiation entre ministres», *Le Devoir*, 6 avril 1989, p. 2 et le *Journal des débats*, deuxième session, trente-troisième législature, commissions parlementaires, CAPA-283 à CAPA-675.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES DROITS ACQUIS DE LA LOI SUR LA PROTECTION DU TERRITOIRE
AGRICOLE A LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR
SUPRÊME DU CANADA ET DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Auteur(s) : Lorne GIROUX

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 27-88

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13545>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13545>

Page vide laissée intentionnellement.

**LES DROITS ACQUIS DE LA LOI SUR LA
PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE
A LA LUMIERE DE LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA
ET DE LA COUR D'APPEL DU QUEBEC ***

par Lorne GIROUX**

Cet article fait l'analyse de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada et des tribunaux du Québec portant sur les droits acquis en matière de protection du territoire agricole tels que régis par les articles 101 à 105 de la Loi sur la protection du territoire agricole (L.R.Q. c. P-41.1). Après une revue des principes applicables, l'auteur étudie les conditions qui permettent d'invoquer des droits acquis selon l'article 101: l'utilisation à une fin autre que l'agriculture et le permis d'utilisation à une fin autre qu'agricole. Les derniers développements sont consacrés au régime juridique des droits acquis notamment les cas de perte des droits acquis de l'article 102 et le droit d'extension de l'article 103.

This article provides an analysis of recent cases from the Supreme Court of Canada and from Quebec courts dealing with acquired rights respecting agricultural land protection under sections 101 to 105 of the Act to Preserve Agricultural Land (L.R.Q. c. P-41.1). After a review of applicable legal principles, the author reviews the conditions giving rise to acquired rights under section 101 of the Act, namely a use other than agriculture and a permit authorizing a use for a purpose other than agriculture. The last developments are devoted to the statutory scheme applicable to such acquired rights, most notably their extinguishment under section 102 and the right to their enlargement under section 103.

*. Texte d'une conférence prononcée à l'occasion d'un colloque sur le «Zonage agricole» organisé le 27 octobre 1989 par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke en collaboration avec son Association de diplômés.

**. Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval. Avocat chez Grondin, Poudrier, Bernier, à Québec.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	31
Partie I: LES RÈGLES DE PRINCIPE.....	32
1.1 Le but et l'objet de la Loi.	33
1.2 Les droits acquis: présomptions et régime législatif.	34
1.3 La rétroactivité et l'application immédiate de la Loi.....	38
Partie II: LES CONDITIONS D'EXISTENCE DES DROITS ACQUIS.....	40
2.1 Le fardeau de la preuve.	41
2.2 La portée de l'article 101.	41
2.3 L'article 101 et les droits acquis contractuels.	42
2.4 L'utilisation à une fin autre que l'agriculture de l'article 101.....	46
2.4.1 Une utilisation effective et actualisée.....	46
2.4.2 Des droits limités à la superficie effectivement utilisée.....	49
2.4.3 L'utilisation à une fin autre que l'agriculture et le développement domiciliaire.	53
2.4.4 Cas particuliers.	57
2.5 Le permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture de l'article 101.	58
2.5.1 Principes généraux sur le permis d'utilisation.....	58
2.5.2 Le permis d'utilisation et le développement domiciliaire.....	59
2.5.2.1 La portée du terme «permis d'utilisation».....	60
2.5.2.2 Permis d'utilisation et approbation d'un plan projet de lotissement.....	61
2.5.2.3 Permis d'utilisation et approbation d'un plan de lotissement par le conseil municipal.	62

GIROUX, Lorne

2.5.2.4	Permis d'utilisation et dépôt d'un plan de lotissement auprès du ministère des Terres et Forêts (maintenant le ministère de l'Énergie et des Ressources) selon l'article 2175 C.c.B.c.	63
2.5.2.5	Permis d'utilisation et permis de lotissement selon l'article 121 L.A.U.	64
PARTIE III	LE REGIME DES DROITS ACQUIS.....	66
3.1	L'article 102 L.P.T.A. et la perte des droits acquis.	66
3.1.1	Fardeau de preuve.....	67
3.1.2	Les critères d'application de l'article 102.....	67
3.1.3	La suspension du délai de l'article 102.....	72
3.1.4	Cas particuliers.....	74
3.2	L'article 103 et l'extension des droits acquis.....	74
3.2.1.	La portée du droit d'extension reconnu par l'article 103.....	75
3.2.2	La forme de l'extension.....	79
3.3.	Les articles 104 et 105 L.P.T.A.....	82
CONCLUSION	86

(1989) 20 R.D.U.S.

INTRODUCTION

Le 20 avril 1989, la Cour suprême du Canada a rendu trois jugements fondamentaux¹ portant sur l'existence et la portée des droits acquis reconnus en vertu de la *Loi sur la protection du territoire agricole*². Ces jugements très élaborés rédigés par le juge Beetz pour un banc unanime³ mettent fin à une longue période d'insécurité juridique caractérisée par l'existence de plusieurs jugements contradictoires des tribunaux du Québec.

Dans le cadre du présent colloque, on nous a demandé de tenter de brosser un tableau de la situation juridique des droits acquis suite à ces jugements. Les jugements de la Cour suprême portent tous sur la question de l'existence des droits acquis vis-à-vis la *Loi sur la protection du territoire agricole*. En effet, dans les trois affaires qu'elle avait à trancher, la Cour suprême devait établir si, dans chacune des situations qui lui étaient présentées, il fallait reconnaître des droits acquis en faveur du justiciable. Par ailleurs, les tribunaux québécois, en particulier la Cour d'appel, ont été appelés à rendre des jugements portant cette fois sur le régime de gestion des droits acquis, particulièrement en ce qui concerne leur extension.

1. *Veilleux c. Québec (C.P.T.A.)*, [1989] 1 R.C.S. 839, [1989] R.D.I. 253, conf. [1986] R.J.Q. 1402, [1986] R.D.I. 205 (C.A.), inf. [1985] C.S. 174 [ci-après *Veilleux* cité aux R.C.S.]; *Gauthier c. Québec (C.P.T.A.Q.)*, [1989] 1 R.C.S. 859, [1989] R.D.I. 281, conf. [1985] C.A. 676, conf. en partie un jugement de la Cour supérieure *Gauthier c. C.P.T.A.Q.* (21 février 1984), Iberville, 755-05-000313-831, (C.S.), M. le juge Y. Forest [ci-après *Gauthier*, cité aux R.C.S.]. *Venne c. Québec (C.P.T.A.Q.)*, [1989] 1 R.C.S. 880, [1989] R.D.I. 263, inf. [1985] C.A. 703, conf. un jugement de la Cour supérieure: *Venne c. C.P.T.A.Q.* (16 septembre 1982), Montréal 500-05-009403-823, (C.S.), M. le juge J. Vaillancourt [ci-après *Venne* cité aux R.C.S.]. Dans une quatrième affaire, *Lebel c. Winzen Land Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 918, la Cour a déclaré recevable, sous réserve d'une détermination du respect des critères, un recours collectif visant l'annulation de contrats et le remboursement de sommes payées à Winzen Land Corp. en application des contrats qui ont donné lieu à l'affaire Venne. À moins d'indications contraires, toutes les références sont aux pages des *Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada*.
2. L.R.Q. c. P-41.1 (ci-après *L.P.T.A.*).
3. Les juges Beetz, Lamer, Wilson, La Forest et Le Dain ont entendu les appels mais le juge Le Dain n'a pris part à aucun des jugements. Les trois jugements couvrent 79 pages dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

(1989) 20 R.D.U.S.

L'importance pratique de ces jugements mérite l'attention du praticien et ils feront également l'objet du présent exposé.

Le lecteur ne doit pas prendre pour acquis que le présent exposé donne un tableau exhaustif de la situation juridique des droits acquis à la date des présentes. La jurisprudence est abondante sur cette question⁴ et plusieurs des décisions doivent par ailleurs être considérées comme s'adressant à des situations d'espèce. La volumineuse jurisprudence de la Commission de protection du territoire agricole ne fait pas non plus l'objet de la présente étude⁵. Toutefois, même si le présent exposé est consacré aux récents jugements de la Cour suprême et de la Cour d'appel sur le sujet, plusieurs autres arrêts portant sur ces questions pourront faire l'objet de nos discussions.

Plutôt que d'analyser les arrêts à tour de rôle, nous croyons qu'il est plus utile d'aborder le sujet sous l'angle des questions soulevées et traitées dans cette jurisprudence. C'est ainsi que nous entendons soulever la question de l'existence des droits acquis avant de nous arrêter à considérer le régime juridique qui leur est applicable lorsqu'ils sont reconnus comme existant. Auparavant, toutefois, il importe à notre avis de faire ressortir quelques-unes des grandes règles de principe dégagées par la Cour suprême. L'étude de ces grandes règles doit être préalable à toute discussion du régime juridique des droits acquis car elles déterminent l'orientation même de toute l'analyse.

Partie I: LES RÈGLES DE PRINCIPE

Une analyse des arrêts de la Cour suprême dans *Veilleux, Gauthier et Venne* permet de dégager un certain nombre de principes qui délimitent le cadre conceptuel de tout le débat juridique sur la question des droits acquis. La Cour a manifestement voulu que ces arrêts de principe mettent fin aux controverses de la jurisprudence mais aussi qu'ils servent de guide aux délibérations futures des tribunaux.

1.1 Le but et l'objet de la Loi.

La Cour suprême rappelle à plusieurs reprises que le but et l'objet de

-
4. Pour les fins du présent exposé, l'auteur a pris connaissance de plus de 50 jugements portant directement ou indirectement sur la question des droits acquis en vertu de la *L.P.T.A.*
 5. Voir: L. Cormier et L.V. Sylvestre, *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984.

la Loi est d'assurer la protection du territoire agricole. On pourrait penser qu'il s'agit d'une évidence mais la Cour actualise de façon concrète ce principe fondamental et en tire des conséquences précises quant à l'interprétation des dispositions de la Loi et quant au rôle du tribunal. La Cour rappelle que l'objet de la Loi n'est pas seulement de protéger les terres qui sont actuellement en culture mais qu'elle vise également à récupérer des terres possédant un potentiel agricole. Il s'agit d'un des motifs sur lesquels elle se fonde pour refuser la proposition selon laquelle la présence de fondations abandonnées d'une résidence peut conférer des droits acquis⁶.

L'objectif de protection de la Loi permet aussi de comprendre pourquoi, entre l'intérêt des particuliers à la libre disposition de leur propriété et l'intérêt du public à la préservation du territoire agricole, le législateur a réservé à l'agriculture la plus grande proportion possible de la superficie des terres protégées par la Loi⁷. Surtout, la Cour rappelle que la Loi ne s'applique pas seulement aux lots susceptibles d'être utilisés pour fins d'agriculture mais à tous les lots et terres inclus dans une région agricole désignée ou une zone agricole⁸. Ainsi, l'article 29 s'applique à tous les lots assujettis à la Loi qui rencontrent la condition de contiguïté et non pas seulement à ceux qui sont suffisamment grands pour soutenir l'agriculture⁹. Plus généralement, le juge Beetz avertit les juges de ne pas décider des droits acquis sur la base des caractéristiques des lots qui les rendent plus ou moins aptes à soutenir un usage agricole comme la superficie ou même leurs qualités pédologiques. Ces critères relèvent de la seule juridiction de la C.P.T.A.:

«Les tribunaux ne peuvent non plus, sans usurper les fonctions de la Commission, décider qu'une terre est impropre à l'agriculture, et la soustraire ainsi à l'application de la Loi, alors que cette terre, comme c'est le cas des lots de l'intimé, a été explicitement incluse dans une région agricole désignée, par l'opération des articles 22 à 25»¹⁰.

6. Veilleux, *supra* note 1 à la p. 855. Ce principe est inféré des dispositions des articles 31 et 102 L.P.T.A.

7. Gauthier, *supra* note 1 à la p. 871.

8. Venne, *supra* note 1 à la p. 908.

9. *Ibid.* aux pp. 908-09.

10. *Ibid.* à la p. 908.

(1989) 20 R.D.U.S.

C'est de la même façon qu'il faut comprendre la définition du mot «agriculture» du par. 1 de l'article 1 de la Loi. Le législateur considère que le fait de laisser le sol sous couverture végétale constitue un usage agricole et cela doit inclure même les terres marécageuses, les collines de pierre recouvertes de mousse et les terres laissées en friche. Ces terres ne sont donc pas utilisées à des fins autres que l'agriculture. Prétendre que le mot «agriculture» doit être pris dans son sens ordinaire plutôt que selon sa définition législative est «une proposition insoutenable qui va contre tous les principes»¹¹.

1.2 Les droits acquis: présomptions et régime législatif.

Les prétentions à des droits acquis sont souvent fondées sur deux présomptions distinctes: la présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis et celle à l'encontre de la rétroactivité des lois. Mais, comme le dit la Cour, il ne s'agit ici que de règles d'interprétation qui ne s'utilisent que lorsque le texte législatif est ambigu¹².

Dans le cas de la protection du territoire agricole, le texte législatif a prévu, à sa section IX¹³, un régime complet et exhaustif à l'égard des droits acquis. En adoptant ce code, le législateur a écarté la règle d'interprétation que constitue la présomption qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis et l'a remplacée par des règles précises codifiées à la section IX. C'est à ces seules règles qu'il faut s'adresser pour connaître l'étendue des droits acquis et les conditions préalables à leur exercice¹⁴.

La conséquence de ce principe, c'est qu'il faut écarter du débat les normes arrêtées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis à moins qu'il ne s'agisse d'interpréter des termes qui ne font pas l'objet de définition législative:

«Sur la question de l'utilisation des normes arrêtées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis, l'intimée me paraît avoir raison. La Loi prévoit elle-même les circonstances qui donnent naissance à des droits acquis et d'autres normes d'origine jurisprudentielle ne

11. *Ibid.* aux pp. 912-13.

12. *Ibid.* aux pp. 906-07.

13. *L.P.T.A., supra* note 2, art. 101 à 105.

14. *Venne, supra* note 1 à la p. 909.

sauraient par conséquent avoir pour effet de conférer d'autres droits acquis que ceux qui sont prévus par la Loi ou de les conférer autrement que la Loi ne le prévoit. Il n'en reste pas moins, comme le décide la Cour d'appel et comme le pensent les auteurs que le premier juge cite en les approuvant, que ces autres normes demeurent utiles quand il s'agit par exemple d'interpréter des termes que la Loi n'a pas définis, tels le mot «utiliser» dans l'art. 101»¹⁵.

Cette détermination amène la Cour à rejeter d'autres arguments invoqués au soutien d'une interprétation dite «libérale» des droits acquis. C'est surtout dans le cas de projets de développement domiciliaire que l'on a assisté à une prolifération de décisions souvent contradictoires quant à la question de savoir si le promoteur pouvait invoquer des droits acquis selon l'article 101. L'interprétation dite «libérale» se rattache à l'arrêt de la Cour d'appel dans *C.P.T.A.Q. c. Lefebvre*¹⁶ ainsi qu'aux dissidences des juges Nichols dans *C.P.T.A.Q. c. Rhéaume*¹⁷ et l'Heureux-Dubé, alors de la Cour d'appel, dans *Gauthier c. C.P.T.A.Q.*¹⁸. L'interprétation dite «restrictive» était le fait des arrêts de la majorité de la Cour d'appel dans *Rhéaume et Gauthier*. À ces tendances s'est greffé un grand nombre d'autres arrêts portant sur la même question¹⁹.

15. Veilleux, *supra* note 1 à la p. 852.

16. *C.P.T.A.Q. c. Lefebvre* (21 août 1984) Montréal 500-09-000021-832, J.E. 84-720 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée le 4 décembre 1984: [1984] 2 R.C.S. VI. Cet arrêt confirmait une décision de la Cour supérieure: *Lefebvre c. C.P.T.A.Q.* (10 novembre 1982), Drummond 405-05-000120-824, J.E. 82-1153 (C.S.), j. M. Nichols.

17. *C.P.T.A.Q. c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542., inf. *Rhéaume c. C.P.T.A.Q.* (2 juillet 1981), Québec 200-05-002006-802, (C.S.), j. V. Masson.

18. *Gauthier*, *supra* note 1.

19. *Morin c. C.P.T.A.Q.* (17 juin 1983) Québec 200-05-001933-816, J.E. 83-711 (C.S.), j. A. Gervais, conf. par *C.P.T.A.Q. c. Morin*, (7 avril 1986), Québec 200-09-000620-838, (C.A.); *Turcotte c. C.P.T.A.Q.*, (28 décembre 1983) Beauce 350-05-000267-839, J.E. 84-113 (C.S.), j. G. Boisvert; *St-Onge-Giasson c. C.P.T.A.Q.* (27 février 1985) Bedford 455-05-000127-840, J.E. 85-548 (C.S.), j. P. Boily (en appel); *Charette c. C.P.T.A.Q.* (16 août 1985) Hull 550-05-000567-852, (C.S.), j. O. Frenette; *Tétreault c. C.P.T.A.Q.* (5 novembre 1985) Bedford 460-05-000091-855, (C.S.), j. G. Savoie; *Vultaggio c. C.P.T.A.Q.*, [1986] R.D.I. 14

(1989) 20 R.D.U.S.

Ainsi, les arguments fondés sur l'article 406 du *Code civil du Bas-Canada* et l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁰ sont écartés au motif que ces deux dispositions soumettent le droit de propriété aux limitations et interdictions du droit positif et que la *L.P.T.A.* est justement une législation comportant une telle interdiction d'ordre public²¹.

La perte de valeur des propriétés assujetties à la Loi à l'égard desquelles les propriétaires ne bénéficient pas de droits acquis et se sont vus refuser une autorisation de la part de la Commission ne justifie pas non plus les tribunaux d'ignorer la volonté du législateur²². Cette loi, comme toute loi dite de «zonage» tend à stériliser une partie du droit de propriété mais, encore là, les tribunaux ne peuvent pour autant refuser de s'y conformer et de l'appliquer²³.

Enfin, d'autres arguments à caractère plus subsidiaire subissent le même sort. Dans *Venne*, il fut soumis que le zonage municipal affectait les lots en cause à des fins domiciliaires et que les espaces de rues et de parcs avaient déjà été cédés à la ville. De plus, le requérant et son vendeur n'avaient jamais bénéficié du privilège fiscal attaché aux terres en culture. Pour la Cour, qui rejette l'argument, les questions de fiscalité et de zonage municipal sont sans rapport avec l'application de la *L.P.T.A.* et ce, d'autant plus que l'article 98 assure sa primauté sur toute disposition incompatible des lois et règlements municipaux²⁴.

Dans *Gauthier*, avant de s'adresser à la Cour supérieure afin qu'elle déclare qu'il bénéficiait de droits acquis, le requérant avait adressé plusieurs demandes à la C.P.T.A. pour qu'elle l'autorise à poursuivre, sur la partie de sa propriété assujettie à la Loi, un projet de développement domiciliaire entrepris sur l'autre partie de ses terrains. Toutes ces demandes avaient fait l'objet de refus de la Commission.

Gauthier soumit à la Cour suprême que la Commission avait agi de façon discriminatoire à son égard puisqu'elle avait accédé à des demandes

(C.S.); *Les Plages modernes Ltée c. C.P.T.A.Q.* (7 juillet 1986) Bedford 460-05-000047-865, (C.S.), j. J.L. Péroquin.

20. L.R.Q., c. C-12.

21. *Veilleux*, *supra* note 1 aux pp. 851-52, où le juge Beetz cite un extrait des motifs du j. Mayrand, parlant pour la majorité, dans *C.P.T.A.Q. c. Rhéaume*, *supra* note 17 à la p. 547.

22. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 878.

23. *Venne*, *supra* note 1 à la p. 908.

24. *Ibid.* aux pp. 916-17.

GIROUX, Lorne

similaires dans plusieurs autres cas. Selon le requérant, une telle conduite de l'organisme administratif allait à l'encontre de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁵. Invoquant l'article 12 de la *L.P.T.A.* et les nombreux facteurs à être pris en considération par la *C.P.T.A.* dans l'exercice de son pouvoir de décision, la Cour en conclut que c'est la diversité des faits et circonstances de chaque espèce qui amène la Commission à autoriser certaines demandes et à en refuser d'autres. Cette conduite justifiée ne fait pas preuve de discrimination²⁶.

En réalité, ce que la Cour souligne ici, c'est l'effet inévitable d'un régime d'aménagement fondé sur l'exercice de la discrétion administrative plutôt que sur le pouvoir réglementaire. Les modifications récentes aux critères de décision de la Commission et l'introduction d'un régime d'appel administratif²⁷ n'ont pas eu pour effet, à notre avis, de rendre caduque l'opinion exprimée par le juge Beetz à l'égard de l'exercice du pouvoir décisionnel de la Commission. Les amendements de 1989 n'ont pas modifié la nature même de ce pouvoir qui reste fondé sur l'exercice de la discrétion administrative²⁸.

25. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.U.) 1982 c. 11.

26. Gauthier, *supra* note 1 aux pp. 877-78.

27. *Loi modifiant la Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q. 1989, c. 7 (P.L. 100), art. 4, 7, 20 à 25, 33 à 35.

28. L. Giroux. *Récentes modifications législatives à la Loi sur la protection du territoire agricole*, Montréal, Meredith Memorial Lectures, 14 octobre 1989, non encore publié.

1.3 La rétroactivité et l'application immédiate de la Loi.

Une autre ambiguïté dissipée par la Cour suprême a été celle résultant de la confusion entre la rétroactivité et l'application immédiate de la Loi. Dans *Venne*, il s'agissait de savoir si des conventions conclues avant la date d'application de la *L.P.T.A.* pouvaient conférer des droits acquis à l'encontre de la prohibition d'aliéner sans l'autorisation de la Commission édictée par l'article 29. Les conventions en cause étaient des «ventes à tempérament» selon la suggestion du juge Beetz²⁹ à cette exception près que l'objet en était des immeubles, que la prise de possession en était retardée et que le transfert de propriété était aussi retardé jusqu'à l'exécution d'un acte notarié lequel ne pouvait être ainsi exécuté qu'après le paiement complet du prix par l'acheteur.

À la date de la prise d'effet des restrictions imposées par la Loi sur les terrains faisant l'objet de ces conventions, une partie seulement du prix de vente avait été payée. Ce n'est qu'après cette date que les actes notariés transférant la propriété furent passés et, par ces actes, le vendeur aliénait deux lots tout en se gardant un droit d'aliénation sur des lots contigus, une opération assujettie à l'autorisation de la *C.P.T.A.* selon l'article 29. Cette autorisation n'avait pas été obtenue.

Il fut d'abord prétendu que l'acheteur avait un droit acquis à ce transfert du droit de propriété. Nous étudierons cette question dans la deuxième partie mais on peut dire dès maintenant que cette prétention fut rejetée. Comme deuxième argument, les parties à ces conventions soumièrent à la Cour qu'interpréter la *L.P.T.A.* comme affectant les relations juridiques existantes avant qu'elle ne prenne effet équivalait à la rendre rétroactive. Cet argument fut également rejeté.

La Cour suprême distingue entre la rétroactivité d'une loi et son application immédiate. La rétroactivité, règle générale, est exprimée en termes exprès et, dans la *L.P.T.A.*, elle est prévue à l'article 116 qui lui fait prendre effet le 9 novembre 1978 alors qu'en vertu de l'article 117 elle entre en vigueur le jour de sa sanction, soit le 22 décembre 1978. Par conséquent, l'argument qui est présenté ne concerne pas tant la rétroactivité de la Loi que la question de son application immédiate à des conventions signées avant qu'elle ne prenne effet. Selon la Cour, même si les conventions sont

29. *Venne*, *supra* note 1 à la p. 898. La Cour suprême, après l'analyse des conventions, en vient à la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'un contrat imposant une obligation sous condition suspensive, donc rétroactive à la date de la signature, mais bien une obligation à terme sans aucune rétroactivité: *Venne*, aux pp. 900 à 906.

GIROUX, Lorne

antérieures, leur exécution par l'acte de vente notarié est survenue postérieurement à la prise d'effet de la Loi. Il n'y a rien de rétroactif à ce que la Loi, et plus spécifiquement l'article 29, s'applique à l'aliénation survenue après sa prise d'effet même si cette application a pour effet d'affecter des droits résultant de conventions antérieures.

«La Loi, et particulièrement son art. 29, s'applique à toutes les aliénations qui se sont produites après qu'elle a pris effet. La définition précitée du mot «aliénation» à l'art. 1.3 ° se réfère à «tout acte translatif de propriété» et non pas aux conventions antérieures par lesquelles les parties peuvent s'être engagées à passer un tel acte. Les actes notariés du 25 mars 1982 sont, suivant leurs termes exprès, des actes translatifs de propriété et ils sont subséquents à la date lors de laquelle la Loi a pris effet. On peut donc, et on doit leur appliquer l'art. 29 de la Loi sans lui donner un effet rétroactif, même si les conventions qui sont à l'origine de ces actes sont antérieures à la date lors de laquelle la Loi a pris effet.

(...)

Il n'est pas inusité qu'une loi affecte des conventions conclues ou des situations juridiques créées avant qu'elle prenne effet, sans que cette loi soit rétroactive pour autant»³⁰.

La L.P.T.A. étant d'application immédiate dès sa prise d'effet, une «aliénation» au sens de l'article 29 survenue après la date de cette prise d'effet ne peut donc se réaliser sans l'autorisation de la Commission même si un refus de la Commission a pour effet d'empêcher l'exécution de conventions antérieures par lesquelles les parties s'étaient engagées à faire cette «aliénation»³¹.

30. *Ibid.* aux pp. 913-14 (les soulignements sont du j. Beetz lui-même).

31. *Ibid.* à la p. 915. Le juge Beetz fournit également un autre exemple tiré des dispositions des articles 70 et 72 L.P.T.A. relatifs à l'enlèvement du sol arable:

(1989) 20 R.D.U.S.

On remarquera que, ayant écarté toute question de rétroactivité, la Cour aurait pu favoriser une application restreinte de la loi nouvelle afin de protéger les droits que les acheteurs avaient acquis dans des contrats antérieurs³². La Cour a cependant estimé que de tels droits acquis n'existaient pas pour les motifs que nous allons maintenant considérer dans la prochaine partie.

Partie II: LES CONDITIONS D'EXISTENCE DES DROITS ACQUIS

Nous avons constaté précédemment que la Cour suprême a vu dans la section IX de la *L.P.T.A.* un code complet et exhaustif des règles applicables en matière de droits acquis. L'étude des conditions d'existence de tels droits acquis à l'encontre de la Loi nous amènera donc à analyser ces dispositions et tout particulièrement celles de l'article 101 afin de déterminer les principaux critères permettant de reconnaître de tels droits. Cette analyse se fera à la lumière des trois arrêts de la Cour suprême mais, au besoin, nous utiliserons également les arrêts rendus par d'autres instances.

2.1 Le fardeau de la preuve.

Un lot situé dans une région agricole désignée ou dans une zone agricole est soumis aux interdictions et restrictions imposées par la Loi. L'existence de droits acquis ayant pour effet de soustraire le lot à ce régime, il s'agit alors d'une situation d'exception dont la preuve incombe à celui qui s'en réclame³³. C'est donc celui qui allègue être protégé par la section IX de

«On pourrait donner d'autres exemples où la Loi affecterait des conventions antérieures à la date où elle a pris effet, sans pourtant avoir d'effet rétroactif. Je pense à l'exemple suivant. L'article 70 et l'art. 72 de la Loi interdisent, en zone agricole, l'enlèvement du sol arable et du gazon pour fins de vente, à moins que la Commission n'ait délivré un permis à cette fin. Si, avant que la Loi ne prenne effet, le propriétaire d'une terre avait conclu avec un entrepreneur un contrat pour l'enlèvement du sol arable de sa terre, si la Loi avait pris effet avant que ce contrat ne soit exécuté, et si la Commission refusait le permis requis, un tel contrat ne pourrait sûrement plus être licitement exécuté. Cette conséquence résulterait non pas de la rétroactivité de la Loi mais de son application immédiate.»

32. Sur cette question, en général, voir: P.A. Côté, «Le juge et les droits acquis en droit public canadien», (1989) 30 C. de D., 359 et spécialement les pages 369-374.

33. *Veilleux, supra*, note 1 à la p. 851 où le juge Beetz cite un extrait de

la Loi qui assume le fardeau de prouver que les conditions d'existence des droits acquis sont rencontrées dans son cas. La jurisprudence des tribunaux québécois peut être qualifiée de constante sur cette question³⁴.

2.2 La portée de l'article 101.

La logique suivie par la Cour suprême procède de l'idée que la section IX de la *L.P.T.A.* a pour effet d'écarter l'application de la présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis. Dans cette section IX, c'est l'article 101 qui est la disposition fondamentale:

«101. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, aliéner, lotir et utiliser à une fin autre que l'agriculture un lot situé dans une région agricole désignée, une aire retenue pour fins de contrôle ou une zone agricole, dans la mesure où ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission ont été rendues applicables sur ce lot.

Ce droit n'existe qu'à l'égard de la superficie du lot qui était utilisée à une fin autre que l'agriculture ou pour laquelle un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture avait déjà été délivré lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables à ce lot».

l'opinion du j. Mayrand dans *C.P.T.A.Q. c. Rhéaume*, *supra* note 17, à la p. 547; *Venne*, *supra*, note 1 aux pp. 910 et 912.

34. *C.P.T.A.Q. c. Lefebvre*, *supra* note 16, opinion du j. Montgomery, à la p. 4; *C.P.T.A.Q. c. St-Louis* (2 juillet 1987), Richelieu 765-05-000122-868, (C.S.), j. D. Durocher, aux p. 15 et 16 du jugement conf. par *St-Louis c. C.P.T.A.Q.*, (5 février 1990), Montréal 500-09-001033-877, J.E. 90-334 (C.A.); *Sablère Portneuf Inc. c. C.P.T.A.Q.* (8 décembre 1987) Québec 200-05-01818-876, (C.S.), j. H. Walters, à la p. 23 du jugement; *Hopkins c. C.P.T.A.Q.* (13 février 1989) St-François 450-05-000791-885, (C.S.), j. J.-L. Péloquin, aux pp. 7 et 8.

(1989) 20 R.D.U.S.

On ne peut donc, aux yeux de la Cour suprême, réclamer d'autres droits acquis que ceux qui sont accordés par cette disposition³⁵. L'article 101 remplit deux fonctions. Il définit d'abord la nature et l'étendue des droits acquis accordés et il détermine également les conditions qui doivent être remplies pour que le justiciable puisse réclamer ces droits³⁶. Il délimite donc, par voie de conséquence, la preuve que doit apporter celui qui invoque sa protection. Il faut d'abord établir que la situation d'espèce constitue un «droit acquis» selon la section IX et ensuite démontrer que l'on respecte les conditions nécessaires pour l'obtention de ce droit³⁷. Vu le caractère exhaustif du régime des droits acquis prévus par le législateur dans la *L.P.T.A.*, il n'est pas possible de reconnaître des droits acquis dans des situations qui ne peuvent entrer dans ce cadre juridique.

2.3 L'article 101 et les droits acquis contractuels.

La jurisprudence traditionnelle reconnaît que l'application de la loi nouvelle puisse être restreinte dans le cas où elle aurait pour effet d'affecter des droits accordés par contrat. La doctrine signale même que les droits accordés par contrat sont plus volontiers ainsi protégés par le juge:

«Il apparaît en filigrane dans la jurisprudence que la force de la présomption de maintien des droits acquis est d'autant plus grande que la loi porte atteinte à un droit dont le particulier doit l'acquisition à sa propre industrie ou à l'exercice de son libre arbitre. On semble se montrer plus sensible à l'atteinte portée à un droit patrimonial classique (droit réel, droit contractuel) qu'à une prérogative conférée par la loi. Ce que l'individu a acquis, en particulier par contrat, apparaît davantage digne de protection que ce qu'il tient de l'effet de la loi seule. Ce que l'État a donné, il pourrait plus facilement le reprendre»³⁸.

35. Les articles 104 et 105, toujours dans la section IX, sont également des dispositions qui accordent des droits mais il s'agit de cas particuliers qui n'étaient pas objet de débats devant la Cour suprême et que nous relèguerons à la troisième partie de l'exposé.

36. *Venne, supra*, note 1 aux pp. 909-10.

37. *Ibid.* à la p. 910.

38. P.A. Côté, *loc. cit. supra*, note 32 aux pp. 416-17, 435.

C'est une situation de ce type qui s'est présentée dans *Venne*. Il s'agissait de contrats signés entre un promoteur immobilier, Winzen Land Corporation, et des acheteurs individuels dont Venne. En vertu de ces contrats l'acheteur s'engageait à payer le prix par mensualités et Winzen se réservait la propriété des lots. L'enregistrement du contrat, la prise de possession et le transfert de propriété ne pouvaient avoir lieu avant le paiement du prix de vente en totalité. Après avoir payé ce prix de vente en entier, l'acquéreur avait droit d'obtenir un acte de vente notarié. Dans le cas de Venne, deux contrats avec Winzen intitulés «Contract for Deed» avaient été signés en 1977.

Au 9 novembre 1978, date où la *L.P.T.A.* prit effet sur ces terrains, 1883 lots avaient fait l'objet de ces contrats mais Winzen n'avait transféré la propriété par acte notarié que pour 850 d'entre eux. Il restait alors 1033 lots acquis par 600 acheteurs, dont Venne, auxquels Winzen n'avait pas encore effectué de transfert parce que le prix de vente n'avait pas été acquitté en entier. En faisant abstraction des terrains cédés par Winzen à la municipalité pour fins de rues et parcs, il restait alors à Winzen 426 terrains à vendre.

Sur demande de Winzen à la *C.P.T.A.*, celle-ci lui refusa l'exclusion des lots de même que l'autorisation d'aliéner les lots déjà vendus mais dont elle se conservait encore la propriété. Une demande de révision fut également rejetée ce qui amena Winzen à se pourvoir en évocation contre la *C.P.T.A.*. Winzen fit valoir qu'il s'agissait de ventes sous condition suspensive qui, à cause de la rétroactivité de 1085 *C.c.B.C.*, étaient censées avoir été faites avant l'application de la *L.P.T.A.* et ne lui étaient donc pas assujetties. Elle soumit également que les 600 acheteurs avaient un droit acquis au transfert de propriété. Le recours de Winzen fut rejeté tant en Cour supérieure³⁹ qu'en appel⁴⁰ et, dans ce dernier jugement, la Cour estima que Winzen ne pouvait plaider pour autrui en invoquant des droits acquis en faveur de ses acheteurs qui n'étaient pas parties au litige⁴¹.

Le 25 mars 1982 Winzen procéda quand même, sans l'autorisation de la Commission qui lui avait été refusée, à transférer à Venne, par acte notarié, la propriété de deux lots faisant l'objet des «Contracts for Deed» de 1977. Le reliquat du prix de vente avait été payé par anticipation. Cette vente était faite en contravention de l'article 29 de la Loi parce que Winzen

39. *Winzen Land Corp. c. C.P.T.A.Q.* (16 février 1981) Montréal 500-05-004153-803, (C.S.), j. C. Benoît.

40. *Winzen Land Corp. c. C.P.T.A.Q.*, [1981] C.A. 383.

41. *Ibid.* à la p. 386, opinion du j. L'Heureux-Dubé. Cette opinion est reproduite dans *Venne, supra*, note 1 à la p. 892.

se gardait un droit d'aliénation sur des lots contigus.

Venne entreprit alors, à son tour, de faire valoir ses droits par requête pour jugement déclaratoire. Il soumit que l'obligation de transférer la propriété contractée par Winzen en 1977 était une obligation conditionnelle suspensive, la condition étant sa propre obligation d'en payer le prix. Une fois cette condition réalisée, le transfert de propriété devait rétroagir à la date du contrat de 1977, donc avant que la *L.P.T.A.* ne prenne effet⁴². Son second argument et celui qui nous intéresse ici, c'est que le droit d'obtenir le transfert de propriété était un droit acquis avant que la loi ne prenne effet. Même si ce transfert survenait après le 9 novembre 1978, il ne pouvait être affecté par la Loi.

En Cour suprême, comme on peut s'y attendre, le juge Beetz se demande si ce droit pour Venne d'obtenir le transfert de propriété des deux lots qui font l'objet du «Contract for Deed» est un droit couvert par l'article 101. Au premier chef, il pose le principe que l'article 101 doit s'appliquer à toutes les terres assujetties à la Loi⁴³ et que les droits acquis qu'il accorde le sont en référence aux prohibitions que la *L.P.T.A.* édicte aux articles 26, 28 et 29⁴⁴. Dans *Venne*, c'est la prohibition de l'article 29 qui est en cause, c'est-à-dire la prohibition d'aliéner un lot assujetti sans l'autorisation de la *C.P.T.A.Q.* tout en se gardant un droit d'aliénation sur un lot contigu.

Vu que l'article 101 est exhaustif, si le droit réclamé par Venne n'est pas protégé par 101, il ne peut s'agir d'un droit acquis. Or, le mot «aliéner» dans 101 doit être la contrepartie de la prohibition d'aliéner de l'article 29. La prohibition de 29 ne concerne pas le droit d'acquérir ou de se faire transférer un lot mais plutôt le droit de le vendre, de s'en départir⁴⁵. Par conséquent, c'est ce seul droit qui peut être protégé par l'article 101 et ce n'est pas le droit invoqué par Venne⁴⁶.

42. Cet argument fut rejeté par la Cour suprême: *supra* note 29.

43. C'est ici que la Cour réfute l'argument de la Cour d'appel à l'effet que l'article 101 ne pouvait s'appliquer à des terrains trop petits et impropres à l'agriculture: *Supra*, p. 7.

44. *Venne, supra*, note 1 à la p. 908.

45. Le motif est que l'achat de terres par un propriétaire possédant des lots contigus favorise l'objectif de concentration des terres agricoles visé par la *L.P.T.A.*. A l'inverse, la prohibition d'aliéner tout en se gardant un droit d'aliénation sur un lot contigu de l'article 29 a pour but d'éviter la fragmentation des terres agricoles: *Venne, supra*, note 1 à la p. 910.

46. *Ibid.*

On a vu également que l'article 101 énumère les conditions à remplir pour son application. Venne ne remplit aucune de ces conditions. Il n'a jamais utilisé le lot à une fin autre que l'agriculture et il n'a jamais obtenu un «permis d'utilisation» au sens de l'article 101. De plus, même si Venne pouvait bénéficier des droits acquis de Winzen, il ne serait pas plus avancé car Winzen n'en a pas non plus⁴⁷. En conséquence, ni Venne, ni Winzen ne peuvent prétendre à des droits acquis parce qu'ils ne se sont pas acquittés de leur fardeau de preuve à cet égard.

En résumé, selon la Cour suprême, les droits acquis contractuels reconnus par la jurisprudence traditionnelle ne peuvent subsister à l'encontre de l'article 101. Pour se qualifier sous cet article, il doit s'agir d'un droit que cette disposition reconnaît à l'encontre d'une disposition prohibitive de la Loi et de plus, son titulaire doit remplir les conditions de l'article 101, conditions qui font référence à une utilisation physique ou à un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture.

Nous allons maintenant nous consacrer à l'étude plus détaillée des deux possibilités de droits acquis prévues à l'article 101. En effet, selon les dispositions de cet article, il peut y avoir des droits acquis dans deux cas: dans le cas d'une utilisation à une fin autre que l'agriculture ou dans le cas de la détention d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture à la date où la Loi s'est appliquée.

2.4 L'utilisation à une fin autre que l'agriculture de l'article 101.

C'est certainement au titre d'une utilisation à une fin autre que l'agriculture que se qualifient la grande majorité des lots bénéficiant de droits acquis à l'encontre des restrictions de la *L.P.T.A.* En principe, toute utilisation autre que les utilisations énumérées au paragraphe 1 de l'article 1 et existant sur un lot à la date à laquelle la Loi s'applique à ce lot suffit à lui assurer la protection conférée par la section IX. En pratique, la multiplicité des situations concrètes, la rigueur des restrictions imposées par la Loi et l'importance des intérêts en présence ont amené les justiciables à tester les frontières de cette exception. Dans les prochains développements, nous allons tenter de cerner de plus près les difficultés qui se posent en rapport avec ce critère d'obtention des droits acquis et les solutions que les tribunaux ont apportées à certaines de ces difficultés. C'est ainsi que nous allons d'abord nous attarder aux caractéristiques que

47. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous étudierons le contenu de l'utilisation à une fin autre que l'agriculture génératrice de droits acquis selon l'article 101: *infra* aux pp. 28-30 et note 79.

(1989) 20 R.D.U.S.

doit présenter une utilisation selon l'article 101.

2.4.1 Une utilisation effective et actualisée.

C'est la Cour suprême elle-même qui précise que l'article 101 exige non seulement une utilisation à des fins non agricoles mais que cette utilisation doit de plus être effective et actualisée au moment où la Loi est devenue applicable au lot en question⁴⁸. Celui qui prétend à des droits acquis au titre d'une utilisation ne doit pas seulement établir que le lot n'est pas utilisé à une fin d'agriculture, il doit établir que le lot est effectivement utilisé à une fin autre que l'agriculture à la date pertinente:

«Un terrain inutilisé n'est pas utilisé à des fins d'agriculture. Mais précisément parce qu'il est inutilisé, il n'est pas non plus utilisé à une fin autre que l'agriculture, comme l'exige l'art. 101»⁴⁹.

Cette utilisation doit exister à une date précise et cette date est celle à laquelle la *L.P.T.A.* a été rendue applicable au lot. En conséquence, les anciennes utilisations abandonnées de même que celles qui ont débuté après la date à laquelle la Loi est devenue applicable ne confèrent pas de droits acquis⁵⁰.

L'exigence de l'utilisation à une date précise couplée à celle selon laquelle elle doit être effective ont amené la Cour à rejeter l'utilisation dite «passive» comme génératrice de droits acquis. Dans *Veilleux*, la Loi s'était appliquée au lot à compter du 13 juin 1980 et, à cette date, subsistaient sur le lot les fondations en pierre et le plancher en bois d'une résidence construite en 1945 et démolie en 1976. L'appelant soutenait que le fait de laisser subsister des fondations de nature résidentielle constituait une utilisation passive indiquant une finalité autre que l'agriculture et suffisante pour sauvegarder des droits acquis.

En refusant cette prétention, la Cour fut d'avis que l'expression «utilisation passive» comportait une contradiction dans les termes. L'utilisation doit nécessairement avoir un caractère d'effectivité⁵¹. Admettre que les fondations abandonnées d'une résidence puissent constituer un usage dérogatoire contredirait le but et l'objet de la Loi. Les

48. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 870.

49. *Veilleux*, *supra* note 1 à la p. 852.

50. *Ibid.* à la p. 853.

51. *Ibid.* aux pp. 853-55.

GIROUX, Lorne

dispositions des articles 102 et 31 indiquent que la Loi veut non seulement protéger les terres en culture mais aussi récupérer celles qui ont un potentiel agricole. C'est pour ce motif que:

«... le propriétaire d'un terrain inutilisé et laissé à l'abandon n'a pas de droit d'usage dérogatoire à protéger qui justifierait que ce terrain soit exclu de l'application de la Loi. Il ne lui reste, au moment du décret, qu'un droit de propriété dénué de tout droit d'usage autre que ceux que la Loi permet»⁵².

Toutefois, la présence de fondations n'est pas toujours signe d'une utilisation abandonnée; il peut s'agir d'une utilisation active temporairement suspendue comme dans le cas de fondations érigées pour un projet de construction retardé. Un retard indu pourrait éventuellement amener un abandon mais tant que cette situation ne s'est pas présentée, cette utilisation ne doit pas être qualifiée de passive⁵³.

De plus, une utilisation effective et actualisée ne peut se manifester que par une intervention humaine et vérifiable témoignant d'une utilisation actuelle à une fin autre que l'agriculture. Cette exigence va amener la Cour à rejeter toute prétention à des droits acquis dans le cas de projets de développement domiciliaire. À l'égard des terrains qui ne sont pas encore construits, les travaux d'aménagement, même importants, réalisés par le promoteur et l'approbation d'un plan de lotissement par le conseil municipal ne sont pas suffisants au titre d'une utilisation à une fin autre que l'agriculture. En effet, à la date d'application de la Loi, à l'exception des rues, on ne peut voir sur un tel site que des terrains vacants ne servant à aucune fin apparente et sur lesquels aucune activité ne se déroule⁵⁴.

Dans *Veilleux*, la Cour suprême a définitivement écarté l'argument selon lequel l'absence de couverture végétale, manifestée en l'espèce par la présence des fondations et d'un plancher d'une ancienne résidence, pouvait indiquer et sauvegarder des droits acquis. Cet argument est fondé sur l'article 102⁵⁵ mais cette disposition s'applique seulement à une interruption ou à un abandon postérieur à la date d'application. Il ne peut s'appliquer

52. *Ibid.* à la p. 856.

53. *Ibid.* à la p. 856.

54. *Gauthier, supra* note 1 à la p. 871.

55. Il avait été retenu par le juge de première instance mais rejeté par la Cour d'appel: *Veilleux c. Québec (C.P.T.A.Q.)*, [1986] R.J.Q. 1402 (C.A.), inf. [1985] C.S. 174.

(1989) 20 R.D.U.S.

lorsque l'abandon ou l'interruption survient avant que la Loi ne s'applique. De plus, l'article 102 parle du «droit reconnu par l'article 101» et il ne peut s'appliquer qu'après une détermination préalable de droits acquis selon 101. Enfin, l'absence de couverture végétale pourrait indiquer qu'un lot n'est pas utilisé à une fin agricole mais, comme on l'a déjà vu, pour justifier des droits acquis selon l'article 101, cela n'est pas suffisant, il faut établir qu'un lot est effectivement utilisé à une fin autre que l'agriculture⁵⁶.

À l'inverse, cependant, il faut noter que la seule présence d'une couverture végétale ne doit pas être considérée comme incompatible avec une utilisation à une fin autre que l'agriculture. L'hypothèse du terrain de golf vient immédiatement à l'esprit mais la jurisprudence a également reconnu d'autres cas. Dans *Villiard c. C.P.T.A.Q.*⁵⁷, la Cour supérieure a reconnu qu'une superficie gazonnée sous laquelle étaient enfouis des fils de laiton essentiels à l'opération d'une station radio était utilisée à une fin autre que l'agriculture. Dans une autre affaire, il a été décidé qu'une étendue de 84,046 pieds carrés constituée d'une résidence entourée d'un chemin d'usage résidentiel, d'arbustes, d'arbres et de pelouse d'ornementation était utilisée à une fin autre que l'agriculture et pouvait donc être aliénée distinctement du reste d'une ferme⁵⁸.

56. *Veilleux*, *supra* note 1 à la p. 856.

57. *Villiard c. C.P.T.A.Q.*, [1982] C.S. 380, aux pp. 382-383.

58. *Vincent Breton Inc. c. C.P.T.A.Q.* (1er juin 1984), Bedford 455-05-000159-819, (C.S.), j. C. Benoît. On objectera peut-être que le juge Benoît s'est basé sur l'arrêt *Lefebvre c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 16, pour tenir compte de la fin envisagée par le justiciable et que cet arrêt a été écarté comme erroné par la Cour suprême dans *Gauthier*. Toutefois, même la Cour suprême admet que la fin envisagée par un propriétaire lorsqu'il fait exécuter des travaux a son importance pour qualifier l'utilisation du lot comme agricole ou non agricole (*Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 873). De plus, à la différence des arrêts *Gauthier* et *Venne*, il y avait une utilisation résidentielle effective et actualisée dans l'affaire *Vincent Breton Inc.* et il ne s'agissait plus que de savoir quelle superficie du terrain se rattachait à cette utilisation résidentielle et quelle partie était agricole. D'ailleurs, selon le juge Benoît «Quand l'intention est claire, il faut examiner ses manifestations concrètes compte tenu de la nature des lieux et du cycle des saisons» (à la p. 29) et la Cour a identifié soigneusement les travaux effectués et leurs circonstances manifestant de façon concrète l'intention de rattacher cette superficie à la résidence.

2.4.2 Des droits limités à la superficie effectivement utilisée.

Non seulement la Cour suprême exige-t-elle une utilisation effective et actualisée à une fin autre que l'agriculture pour se voir reconnaître des droits acquis selon l'article 101 mais elle postule également que *seule* cette situation effective et actualisée génère des droits acquis. Nous voulons dire ici que l'utilisation effective et actualisée à une fin autre qu'agricole sur un lot n'assure pas que tout le lot jouisse de droits acquis. Le deuxième alinéa de l'article 101 limite les droits acquis à cette seule superficie qui, à la date d'application, était utilisée à une fin autre que l'agriculture:

«Sans une utilisation à une fin autre que l'agriculture, il ne peut exister aucun droit acquis en vertu de la Loi. Mais même s'il existait une telle utilisation effective et actualisée lors de l'entrée en vigueur de la Loi, le second alinéa de l'art. 101, je le répète, limite les droits acquis découlant de cette utilisation exclusivement à la superficie du lot effectivement utilisée. Le libellé de l'art. 101 est clair: seule une utilisation à une fin autre que l'agriculture confère des droits acquis. Le concept de la «vocation» d'un terrain considéré dans son ensemble est étranger à la Loi et ne peut servir de source de droits acquis»⁵⁹.

En rejetant le concept de la «vocation» d'un terrain considéré dans son ensemble à cause de la limite imposée par le second alinéa de l'article 101, la Cour met un terme aux arguments suivant lesquels les travaux faits sur une partie d'un développement domiciliaire pouvaient, compte tenu de la fin poursuivie par le promoteur, avoir pour effet de changer la vocation de l'ensemble du terrain d'agricole à résidentielle. Un tel argument avait été retenu par le juge L'Heureux-Dubé, alors de la Cour d'appel, dissidente dans *Gauthier*. En effet, Gauthier avait fait des travaux à partir de 1975 sur une partie de sa terre qui n'allait pas être assujettie à la L.P.T.A.. Il avait fait des travaux de rue et de fossé, déposé un plan de lotissement, construit une ligne d'électricité et de téléphone, construit une maison modèle et vendu quelques lots, toujours dans la partie de sa terre qui allait se retrouver hors de la zone agricole.

Le reste de la terre de Gauthier, située en zone agricole et objet du

59. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 873.

(1989) 20 R.D.U.S.

litige, était lotie mais ne comportait ni maison, ni service d'égout, d'aqueduc, d'électricité ou de téléphone. Il n'y avait eu aucun permis de construction à l'égard de cette partie de sa terre, ni vente, ni promesse de vente. En fait, ce terrain était en friche à la date d'application de la loi à l'exception d'une route de gravelle de 1,900 pieds de longueur prolongeant la rue située hors de la zone agricole.

En Cour d'appel dans *Gauthier*, la majorité avait décidé qu'il n'y avait ni permis, ni utilisation à une fin autre qu'agricole, à l'exception de la rue. Dans sa dissidence⁶⁰, le juge l'Heureux-Dubé fut d'avis que les travaux de *Gauthier* devaient s'appliquer à l'ensemble de sa terre, même s'il n'y avait aucune preuve matérielle de tels travaux sur la partie de sa terre zonée agricole. Il y avait une utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de 101 parce qu'il fallait tenir compte de la fin poursuivie par l'appelant. Le juge suivait en ce sens l'opinion du juge Nichols, alors de la Cour supérieure, dans *Lefebvre c. C.P.T.A.Q.*⁶¹ qui fut confirmée en appel⁶².

Non seulement la Cour suprême rejette-t-elle ce concept de la «vocation» de l'ensemble d'un terrain mais elle écarte comme «erroné»⁶³ le jugement de la Cour supérieure dans *Lefebvre*, tel que confirmé en appel. Il ne peut donc y avoir de droits acquis ailleurs que sur la superficie ou s'exerce effectivement une utilisation autre qu'agricole.

Sur cette question, la Cour suprême endosse comme bien fondé le point de vue défendu par la Commission:

«S'il existe telle chose qu'un usage résidentiel (ou commercial, industriel, institutionnel, etc.), il n'existe pas telle chose qu'un usage «développement domiciliaire». Un développement domiciliaire n'est que l'addition de superficies individuellement utilisées à des fins résidentielles (et accessoires comme les chemins donnant accès à ces résidences) et ne constitue un tout que dans l'intention du promoteur. Pour la détermination des droits acquis à un usage résidentiel, il faut, à la lumière du second paragraphe de l'article 101, voir si

60. [1985] C.A. 676 aux pp. 679-83.

61. *Supra* note 16.

62. *Ibid.*

63. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 872; *Venne*, *supra* note 1 à la p. 912.

chacun des lots subdivisés ou la partie résiduelle du lot non subdivisé était individuellement utilisée à des fins résidentielles»⁶⁴.

Il ne faudrait pas croire cependant que les tribunaux du Québec n'ont pas donné effet à la limite de superficie des droits acquis du deuxième alinéa de l'article 101. Si l'on fait abstraction du cas particulier du développement domiciliaire, la jurisprudence est constante à l'effet que celui qui réclame des droits acquis ne verra sa réclamation reconnue qu'à l'égard de la superficie effectivement utilisée à une fin autre que l'agriculture. Déjà, en 1979, le juge Moisan de la Cour supérieure avait reconnu que l'effet de cette disposition équivalait à une négation de tout droit d'exploitation dans le cas d'une activité extractive⁶⁵. Les tribunaux refusent systématiquement de reconnaître des droits acquis au-delà de cette superficie⁶⁶ dont ils permettent par ailleurs l'identification et la délimitation par divers moyens:

«En somme, le second paragraphe de l'article 101 qui débute en ces termes «ce droit (il s'agit du droit acquis) n'existe qu'à l'égard de la superficie du lot qui était utilisée à des fins autres que l'agriculture», signifie selon nous que ce droit acquis ne concerne que la surface ou si l'on préfère le périmètre d'un espace contenu dans un lot qui était utilisé à des fins bien identifiées différentes de l'agriculture au moment où la loi est entrée en vigueur, sans qu'il ne soit nécessaire que des mesures soient fournies pour le tout ou pour partie en autant qu'il est possible d'identifier à un moment bien

64. Extrait du mémoire de l'intimée dans *Gauthier, supra*, note 1, cité avec approbation par le j. Beetz à la p. 873.

65. *C.P.T.A.Q. c. Meunier* (18 septembre 1979), Québec 200-05-003428-79, (C.S.), j. J. Moisan reproduit dans L. Cormier et L. Sylvestre, *op. cit. supra*, note 5 à la p. 745. Voir aussi: *Sablière Portneuf Inc. v. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 34 aux pp. 20-21.

66. *Villiard c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 57 à la p. 383 et 385; *Gestion Jean-Paul Grisé Ltée v. C.P.T.A.Q.*, [1987] R.J.Q. 2618, 2621-2622, [1987] R.D.I. 584 à la p. 588 (C.S.); *Construction Michel Morin Inc. c. C.P.T.A.Q.* (22 janvier 1986) St-Hyacinthe 750-05-000343-854, (C.S.), j. Y. Forest à la p. 13.

(1989) 20 R.D.U.S.

arrêté quel était l'espace de terrain ainsi utilisé. Cette identification peut se faire de différentes façons, tels des témoignages, des plans, des photos aériennes, comme celà se produit dans le cas sous étude»⁶⁷.

2.4.3 L'utilisation à une fin autre que l'agriculture et le développement domiciliaire.

Nous venons de voir que la théorie selon laquelle il faut considérer la vocation de l'ensemble d'un développement domiciliaire selon l'intention de son promoteur ne peut justifier que des travaux sur une partie seulement d'un projet de développement domiciliaire soient suffisants pour considérer que l'ensemble est utilisé à une fin autre que l'agriculture à la date d'application de la Loi. Nous allons maintenant nous arrêter brièvement sur le concept même de développement domiciliaire et sur les opérations et travaux qui s'y rattachent afin de tenter de déterminer, à la lumière des arrêts de la Cour suprême, si ces opérations ou travaux peuvent générer des droits acquis au titre de l'utilisation à une fin autre que l'agriculture selon l'article 101. Nous reviendrons au concept de développement domiciliaire ultérieurement afin de vérifier cette fois s'il pourrait se qualifier sous l'article 101 au titre du permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture.

Aux yeux de la Cour suprême, l'objet d'un développement domiciliaire «est de préparer le terrain pour fins d'utilisation résidentielle par d'autres personnes»⁶⁸. L'intention du promoteur de ce développement est de vendre son terrain graduellement, lot par lot, au lieu de l'utiliser lui-même. L'hypothèse envisagée ici est celle où la *L.P.T.A.* s'applique au terrain où le promoteur veut réaliser son projet avant que ne soient érigées les résidences et souvent même avant que ne soient vendus les terrains⁶⁹.

67. *Sablère Portneuf Inc. c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 34 à la p. 20. Voir aussi: *Gestion Jean-Paul Grisé Ltée c. C.P.T.A.Q.*, [1987] R.J.Q. 2618 à la p. 2622, [1987] R.D.I. 584 aux pp. 588-89.

68. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 869. Voir aussi, à la p. 872.

69. C'était le cas dans *Gauthier*, comme on l'a déjà vu. A la date d'application de la Loi, des opérations et travaux avaient été faits sur une partie de la terre qui n'était pas assujettie à la Loi et il y avait eu vente de certains lots. La partie assujettie, objet du litige, avait été lotie mais n'avait pas encore été aménagée et n'avait fait l'objet d'aucun permis de construction, d'aucune vente ou promesse de vente. Elle était en friche, à l'exception d'une rue de gravelle. C'était aussi le cas dans *Venne*.

IL s'agit donc de savoir si ces travaux et opérations de préparation sont suffisants pour constituer une utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'article 101, *L.P.T.A.*

La Cour rejette d'abord l'intention de vendre comme pouvant être une utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'article 101⁷⁰.

Quant aux travaux et opérations de préparation des terrains, si l'on fait abstraction de la superficie occupée par les rues⁷¹, on peut conclure des arrêts de la Cour suprême qu'ils ne sauraient non plus se qualifier sous 101 au titre de l'utilisation à une fin autre que l'agriculture. En tenant compte du fait que la Cour a écarté comme erronée la décision de la Cour supérieure, confirmée par la Cour d'appel, dans *Lefebvre*⁷², il faut en déduire que tous les éléments factuels présents dans cet arrêt, de même que ceux qui étaient présents dans *Gauthier* et *Winzen* sont considérés par la Cour suprême comme ne constituant pas une utilisation à une fin autre que l'agriculture. Ainsi en est-il du dépôt d'un plan de lotissement⁷³, de la vente de lots, qu'ils soient lotis⁷⁴ ou qu'ils soient décrits par tenants et aboutissants⁷⁵, de même que des travaux d'aménagement réalisés par le promoteur⁷⁶ et de la cession de lots à la municipalité pour fins de rues ou de parcs⁷⁷.

70. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 872.

71. Dans *Gauthier*, la Cour d'appel avait considéré que la superficie occupée par les rues constituait une utilisation autre qu'agricole ([1985] C.A. 676 aux pp. 679 et 683). Il est clair que le fait que les lots bordaient de telles rues n'a pas été considéré ni par la Cour d'appel, ni par la Cour suprême comme leur conférant des droits acquis. Le jugement de la Cour suprême à l'égard des rues est moins précis que celui de la Cour d'appel. Toutefois, on peut déduire qu'elle partage la même opinion. D'une part, elle rejette l'appel sans infirmer le jugement de la Cour d'appel sur ce point précis. D'autre part, le juge Beetz déclare ceci à l'égard des rues: «Quand on examine les lots de l'appelant tels qu'ils étaient à l'époque où la Loi est entrée en vigueur, on y voit des terrains inoccupés, qui, à l'exception de la rue, ne servaient à aucune fin apparente et sur lesquels aucune activité se déroulait». (*Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 871).

72. *Supra*, note 16.

73. *Gauthier*, *supra* note 1 aux pp. 870-73; *Venne*, *supra* note 1 aux pp. 911-12.

74. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 872; *Venne*, *supra* note 1 aux pp. 911-12.

75. C'était le cas dans *Lefebvre*, voir, *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 872.

76. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 872.

77. *Venne*, *supra* note 1 à la p. 911.

(1989) 20 R.D.U.S.

En réalité, même si la lecture combinée des arrêts *Lefebvre*⁷⁸, *Gauthier* et *Venne*⁷⁹ permet de déterminer un grand nombre de faits qui «jugés

-
78. «À l'automne 1978, avant que ne prenne effet la Loi sur la protection du territoire agricole, il avait déboisé les rues et les endroits publics projetés, fait l'assiette des rues sur une longueur de deux milles, creusé des fossés de chaque côté de ces rues pour égoutter la majeure partie des lots, érigé un petit barrage pour contrôler les eaux d'un ruisseau, posé des tuyaux à l'intersection des chemins pour l'égouttement des fossés, construit un ponceau pour donner accès aux terrains et préparé un plan directeur d'aménagement». (*Lefebvre c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 16, jugement du j. Nichols en Cour supérieure à la p. 4).

«Au moment de l'entrée en vigueur de la Loi sur la protection du territoire agricole (L.R.Q. c. P-41.1) le 22 décembre 1978, l'intimé avait déjà entrepris les travaux suivants relatifs à son développement domiciliaire, à savoir, le nettoyage d'une partie qui avait servi de dépotoir à ferrailles et de cimetière d'automobiles, de drainage de chaque lot, la construction d'un pont, la confection de plus de 2 milles de chemins, la confection de plus de 4 milles de fossés, et avait déjà signé 69 promesses de vente sur des superficies identifiées (dont deux avaient fait subséquemment l'objet d'un acte de vente notarié dûment enregistré).» (*Lefebvre v C.P.T.A.Q.*, *supra*, note 16, opinion du j. Malouf en Cour d'appel à la p. 2).

79. «En irait-il autrement si l'intimé pouvait bénéficier de droits acquis par Winzen, dans l'hypothèse où il y en aurait? C'est ce que Winzen prétend dans son mémoire où elle soutient qu'elle avait elle-même le droit acquis d'aliéner les lots en litige à l'intimé sans l'autorisation de la Commission, parce qu'avant que la Loi ne prenne effet, ces lots auraient été effectivement utilisés à des fins autres que l'agriculture. Et Winzen énumère une douzaine de faits qui, selon elle, constituent une utilisation des lots à une fin autre que l'agriculture. Parmi ces faits, Winzen mentionne l'intention de l'intimé d'utiliser au moins l'un des lots à des fins résidentielles, les dimensions des lots, le zonage résidentiel différé imposé par la municipalité, la subdivision des terres, la cession de lots à la municipalité pour les rues et les parcs, le but poursuivi par Winzen soit le développement résidentiel et industriel de l'ensemble de ses terres, une demande de services effectuée auprès de la ville de St-Hubert, le fait que ces lots étaient taxés par la Ville de St-Hubert, non pas sur la base de terres agricoles mais sur celle de terrains en voie de développement, les ventes enregistrées de 850 lots et les ventes non enregistrées de 1033 lots. Winzen insiste particulièrement sur le lotissement qui, à son avis,

séparément ou dans leur ensemble» ne sont pas considérés constituer une utilisation effective à une fin autre que l'agriculture, on peut probablement donner une réponse plus globale à la question qui nous intéresse ici. En acceptant la proposition soutenue par la Commission devant elle dans l'affaire *Gauthier*⁸⁰, la Cour suprême amène à conclure qu'un développement domiciliaire n'est pas un concept qui puisse constituer une utilisation à une fin autre que l'agriculture tant qu'il n'y a pas une utilisation à des fins résidentielles des terrains qui en font partie considérés individuellement.

2.4.4 Cas particuliers.

Seul un usage légalement exercé peut constituer une utilisation à une fin autre que l'agriculture susceptible de conférer des droits acquis selon l'article 101. Si l'utilisation du lot contrevient à la réglementation municipale sur le zonage à la date d'application de la Loi à ce lot, les tribunaux n'admettent pas qu'elle puisse être invoquée selon l'article 101⁸¹.

constituerait une utilisation des lots à une fin autre que l'agriculture.

A mon avis, aucun de ces faits, considérés séparément ou dans leur ensemble, ne constitue une utilisation effective des lots à une fin autre que l'agriculture. La Cour en décide ainsi pour des faits semblables dans l'arrêt *Gauthier c. Québec*, (Commission de protection du territoire agricole du Québec), précitée.

Au surplus, le témoin Zenkovich, représentant de Winzen, atteste que les lots que Winzen désirait vendre n'avaient fait l'objet d'aucun travail d'aménagement et ne bénéficiaient d'aucun service d'utilité publique.

Winzen invoque également l'affaire *Lefebvre c. Commission de protection du territoire agricole du Québec* (...). Or, ce sont des décisions que la Cour désapprouve dans *Gauthier c. Québec*, (Commission de protection du territoire agricole du Québec).

Je conclus donc que ni l'intimé ni Winzen, à qui il incombait de prouver une utilisation dérogatoire génératrice de droits acquis, n'ont réussi à s'acquitter de cette tâche. La preuve tend même à démontrer le contraire.» (*Venne, supra* note 1 aux pp. 911-12).

80. Voir l'extrait du mémoire de l'intimée cité avec approbation par le j. Beetz, *supra* à la p. 25 et note 64.

81. *Carrière Coté St-Louis Canada Ltée c. Blainville* (19 juillet 1979) Terrebonne 700-05-000828-892, (C.S.), j. L. Poitras aux pp. 6-7; *St-Victoire (paroisse) c. Harold Weltman and Son Ltd* (25 septembre 1981) Richelieu 765-05-000184-79, J.E. 81-1007 (C.S.), j. A. Biron aux pp. 12 à 14; *C.P.T.A.Q. c. Martel* (6 août 1982) St-Hyacinthe 750-05-000228-82, J.E. 82-906 (C.S.), j. Y. Forest aux pp. 8 à 11.

(1989) 20 R.D.U.S.

Les utilisations saisonnières peuvent générer des droits acquis lorsqu'il est établi qu'elles sont exercées de façon régulière⁸².

Les utilisations accessoires présentent parfois certains problèmes dans la détermination des droits acquis. Dans *Gestion Jean-Paul Grisé Ltée c. C.P.T.A.Q.*⁸³, il fut décidé par la Cour supérieure que si l'exploitation d'une érablière constitue une activité agricole, lorsque, à la date d'application de la Loi une activité de nature commerciale se greffait à l'opération de l'érablière proprement dite, la partie de l'exploitation affectée à cette opération commerciale pouvait bénéficier de droits acquis mais non toute l'exploitation⁸⁴. Par ailleurs, une activité exercée de façon très accessoire et sporadique ne créera pas de droits acquis. Ainsi, dans le cas d'un aérodrome avec piste d'atterrissage sur gazon, s'il est établi que l'utilisation a été interrompue suffisamment longtemps pour faire jouer l'article 102, des atterrissages sporadiques survenus postérieurement établissent peut-être que l'on pouvait atterrir à cet endroit mais ne démontrent pas que l'endroit était utilisé comme aérodrome⁸⁵. De la même façon, le fait qu'une remise utilisée comme rangement d'équipements et de machineries dans le cadre d'une exploitation agro-forestière serve accessoirement de camp de chasse pendant de courtes périodes ne permet pas de conclure qu'il s'agit là de l'utilisation effective de la remise à une fin autre que l'agriculture justifiant la reconnaissance de droits acquis⁸⁶.

2.5 Le permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture de l'article 101.

L'article 101 est à l'effet qu'il peut également y avoir des droits acquis dans le cas d'un lot qui, à la date d'application de la Loi, «faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture». Cette disposition a donné lieu à une jurisprudence contradictoire dans le cas du lotissement mais, outre ce cas particulier, le permis d'utilisation comme

82. *Construction Michel Morin Inc. c. C.P.T.A.*, *supra* note 66 aux pp.7-8 (superficie utilisée à l'entraînement des chevaux de façon connexe à une piste de course du mois d'août jusqu'à l'enneigement, chaque année); *Gestion Jean-Paul Grisé Ltée c. C.P.T.A.Q.*, [1987] R.J.Q. 2618 à la p. 2621, [1987] R.D.I. 584 à la p. 588 (C.S.).

83. *Supra*, note 66.

84. *Gestion Jean-Paul Grisé c. C.P.T.A.Q.*, [1987] R.J.Q. 2618 aux pp. 2621-22, [1987] R.D.I. 584 aux pp. 587-88.

85. *C.P.T.A.Q. c. St-Louis*, *supra* note 34 à la p. 18 du jugement de la Cour supérieure, confirmé sur ce point par la Cour d'appel à la p. 12 de l'opinion du j. McCarthy.

86. *Hopkins c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 34 aux pp. 11-12.

GIROUX, Lorne

source de droits acquis a semblé soulever peu de controverse dans la jurisprudence.

Après quelques considérations générales sur le permis d'utilisation, nos développements seront consacrés à l'application de ce critère de reconnaissance des droits acquis dans le cas d'un projet domiciliaire.

2.5.1 Principes généraux sur le permis d'utilisation.

Dans *Gauthier*, le juge Beetz a fait sienne⁸⁷ l'opinion de Mes Cormier et Sylvestre⁸⁸ quant aux critères auxquels doit satisfaire un permis pour se qualifier comme «permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture» au sens de l'article 101 L.P.T.A.:

- 1) le permis doit être émis par une instance qui possède des pouvoirs publics;
- 2) le permis doit être en vigueur au moment où les dispositions de la L.P.T.A. deviennent applicables au lot;
- 3) le permis doit mentionner une utilisation spécifique à une fin autre que l'agriculture;
- 4) le permis doit porter sur un lot ou une superficie donnée.

Quant à son effet du point de vue de l'existence des droits acquis en vertu de l'article 101, le permis d'utilisation conforme à ces critères équivaut à l'utilisation de fait:

«(...) un permis d'utilisation spécifique quant à l'utilisation et la superficie sur laquelle il porte est l'équivalent d'une utilisation effective et actualisée à une fin autre que l'agriculture»⁸⁹.

La conséquence de cette équivalence, c'est qu'un permis d'utilisation peut conférer des droits acquis à l'égard d'un lot sur lequel il n'y a pas d'utilisation effective et actualisée à la date d'application de la Loi, voire même à l'égard d'un lot qui est en culture à cette date. Cette hypothèse s'est présentée dans *C.P.T.A.Q. c. Tremblay*⁹⁰. Dans cette affaire, la Commis-

87. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 874.

88. L. Cormier et L. Sylvestre, *op. cit. supra* note 5 à la p. 802.

89. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 874.

90. *C.P.T.A.Q. c. Tremblay* (18 mai 1984) Québec 200-05-000716-840, (C.S.),

(1989) 20 R.D.U.S.

sion requérait de la Cour supérieure une ordonnance selon l'article 85 *L.P.T.A.* suite à une ordonnance qu'elle avait elle-même émise afin de faire cesser l'exploitation d'un site d'enfouissement sanitaire. À la date d'application de la Loi, l'immeuble faisant l'objet de l'ordonnance était exploité à des fins agricoles, exploitation qui s'était continuée jusqu'au printemps 1981. Depuis lors, l'immeuble visé avait été laissé inexploité. Toutefois, cet immeuble faisait partie de l'aire d'application d'un permis d'exploitation d'un site d'enfouissement sanitaire délivré en vertu des dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁹¹. En conséquence, même s'il était en culture à la date d'application de la Loi et même s'il n'y avait aucun usage effectif à une fin autre que l'agriculture à cette date, l'immeuble visé par l'ordonnance était protégé par droits acquis parce qu'il faisait l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture équivalent à une utilisation effective et actualisée à telle fin.

2.5.2 Le permis d'utilisation et le développement domiciliaire.

On a vu plus haut que la Cour suprême avait considéré et rejeté les arguments tendant à établir qu'un projet de développement domiciliaire pouvait constituer une utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'article 101 *L.P.T.A.*.

Le concept de développement domiciliaire a également posé des problèmes eu égard au «permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture» du même article. Il fut en effet soutenu que les différentes approbations ou autorisations obtenues lors de la réalisation des étapes d'un projet de développement domiciliaire pouvaient constituer un permis d'utilisation conférant des droits acquis.

On peut tenter de synthétiser l'état actuel de la jurisprudence, après les arrêts de la Cour suprême, en étudiant ces diverses prétentions en relation avec les étapes possibles du cheminement d'un projet de développement domiciliaire.

2.5.2.1 La portée du terme «permis d'utilisation».

En Cour d'appel, dans l'affaire *Rhéaume*⁹², le juge Nichols, dans sa dissidence, avait noté que le permis d'utilisation de l'article 101, n'étant pas défini dans la Loi, constituait une notion nouvelle jusque-là inconnue en

j. P. Côté.

91. *L.R.Q.* c. Q-2.

92. *Supra* note 17.

droit municipal. Favorisant une interprétation respectueuse du libre exercice du droit de propriété, il avait choisi de retenir le sens ordinaire du mot permis, celui d'une «autorisation officielle écrite»⁹³. En conséquence, dans cet arrêt, puisque l'approbation d'un plan projet de lotissement par le conseil municipal donnait le feu vert au projet de développement domiciliaire de Rhéaume, il devait donc s'agir d'un «permis d'utilisation» au sens de l'article 101 *L.P.T.A.*.

Cet argument fut rejeté dans *Gauthier*. Pour le juge Beetz, «il est de la nature d'un permis d'autoriser ce qui est autrement prohibé par la loi»⁹⁴. Comme il n'y avait pas de prohibition de développement de la terre pour des fins domiciliaires avant l'entrée en vigueur de la *L.P.T.A.*, il ne pouvait donc exister de permis d'utilisation à des fins de développement domiciliaire. Le juge Beetz se range donc du côté de la majorité dans *Rhéaume*: le législateur ne voulait pas, en employant le terme «permis d'utilisation», créer une espèce de permis jusque-là inconnue. Il fallait, au contraire, utiliser une expression générale couvrant tous les différents permis requis pour utiliser un terrain à une fin précise. De là l'utilisation des termes «permis d'utilisation».

À notre avis, et en toute humilité, c'est ici que l'on retrouve la partie la plus problématique de la motivation des trois jugements de la Cour suprême⁹⁵. Il peut sembler un peu catégorique de dire qu'il est de la nature d'un permis d'autoriser ce qui est autrement prohibé par la loi. Il existe des permis qui ne font qu'attester que l'opération est conforme à la loi ou à la réglementation. C'est le cas par exemple d'un permis de lotissement autorisant une opération cadastrale conforme aux exigences du règlement municipal de lotissement⁹⁶ ou d'un permis de construction à l'égard d'un bâtiment dont l'usage et l'implantation projetés sont conformes au règlement de zonage⁹⁷.

Au sens formel, on pourra dire que tout permis autorise ce qui serait autrement prohibé par la loi, dans la mesure où l'opération envisagée ne peut être entreprise sans le permis. Mais cela n'est vrai qu'au sens formel. La jurisprudence en matière d'urbanisme a reconnu cette réalité: si l'usage

93. *Ibid.*, à la p. 545, le j. Nichols citant le *Petit Robert*, ed. 1981.

94. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 876.

95. Toutefois, comme on le verra plus loin, cela ne saurait avoir de conséquence quant au résultat des jugements.

96. *L.A.U.* art. 121.

97. *L.A.U.* art. 120. Voir aussi l'extrait de l'argumentation de l'intimée, la *C.P.T.A.*, cité avec approbation par le juge Beetz dans *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 877.

(1989) 20 R.D.U.S.

est conforme à la réglementation mais que le permis requis n'a pas été obtenu au préalable, il pourra y avoir une poursuite pénale pour l'infraction d'avoir construit sans permis mais les tribunaux refuseront de prononcer la démolition ou l'injonction⁹⁸.

Toutefois, à l'étude des différentes hypothèses envisagées, on verra que le résultat auquel en arrive la Cour peut quand même se justifier autrement que par le recours à cette seule notion du «permis d'utilisation».

2.5.2.2 Permis d'utilisation et approbation d'un plan projet de lotissement.

Dans l'affaire *Rhéaume*⁹⁹, le requérant s'était engagé dans le processus d'approbation d'un projet de développement domiciliaire prévu par la réglementation municipale et il avait fait approuver, par le conseil municipal, un plan projet de lotissement. Cette approbation de principe devait alors lui permettre de préparer un plan cadastral définitif à être déposé et d'obtenir un permis de lotissement sous réserve du respect des conditions prévues. La *L.P.T.A.* s'était appliquée à ce terrain après l'approbation du plan projet de lotissement mais avant que les autres démarches devant mener à un permis de lotissement puissent être complétées.

La majorité de la Cour d'appel fut d'avis que l'approbation de ce plan projet ne pouvait conférer de droits acquis car il ne s'agissait que d'une étape préliminaire en vue de l'obtention d'un permis de lotissement qui pouvait encore être refusé. Il s'agissait tout au plus d'une invitation implicite à continuer les procédures. Cette approbation, pas plus d'ailleurs que la délivrance éventuelle du permis de lotissement, n'indique pas les fins auxquelles seront affectées le lot et ses subdivisions et ne saurait donc valoir comme «permis d'utilisation» au sens de l'article 101 *L.P.T.A.*¹⁰⁰. Cette opinion fut entérinée par le juge Beetz dans *Gauthier*¹⁰¹. Au surplus, dans *Gauthier*, le projet était plus avancé que dans *Rhéaume* puisqu'il y avait eu dépôt du plan auprès du ministère des Terres et Forêts et approbation du plan de lotissement par le conseil municipal¹⁰² et pourtant, comme on le

98. *St-Adolphe d'Howard c. Stern*, [1977] C.S. 1030; *Bihun v. Long Branch*, (1960) 26 D.L.R. (2d) 10 (Ont. C.A.), permission d'appel refusée par la Cour suprême: [1960] R.C.S. X.

99. *Supra* note 17.

100. *C.P.T.A.Q. c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542 aux pp. 546-47, opinion du j. Mayrand.

101. *Gauthier*, *supra* note 1 à la p. 876.

102. *Ibid.* aux pp. 870 et 874.

GIROUX, Lorne

verra plus loin, cela ne fut pas jugé suffisant pour justifier des droits acquis.

Par conséquent, la seule approbation d'un plan projet de lotissement par le conseil ne peut équivaloir au «permis d'utilisation» requis par l'article 101.

2.5.2.3 Permis d'utilisation et approbation d'un plan de lotissement par le conseil municipal.

Dans *Gauthier*, l'appelant s'appuyait sur une résolution du conseil municipal approuvant le plan de subdivision pour soutenir que cette approbation constituait un permis d'utilisation au sens de l'article 101. Le juge Beetz fit d'abord remarquer que les lots mentionnés à cette résolution ne représentaient que la rue.

Même si la résolution référerait à tous les lots du projet domiciliaire, elle ne pouvait conférer des droits acquis pour le motif qu'une telle résolution ne mentionne aucune utilisation spécifique à une fin autre que l'agriculture, condition *sine qua non* sous l'article 101¹⁰³.

Il faut donc écarter l'approbation d'un plan de lotissement par le conseil municipal de la notion de permis d'utilisation de l'article 101 *L.P.T.A.*

2.5.2.4 Permis d'utilisation et dépôt d'un plan de lotissement auprès du ministère des Terres et Forêts (maintenant le ministère de l'Énergie et des Ressources) selon l'article 2175 C.c.B.c.

Dans *Gauthier*, en plus de faire approuver son plan de lotissement par le conseil municipal, l'appelant l'avait déposé auprès du ministère des Terres et Forêts selon l'article 2175 C.c.B.c.¹⁰⁴. À l'analyse du texte, le juge Beetz en vient rapidement à la conclusion qu'il ne peut s'agir d'un permis d'utilisation au sens de l'article 101 *L.P.T.A.* au motif principal que le pouvoir du ministre, en vertu de cette disposition, ne concerne que l'aspect formel de la description et qu'il ne peut intervenir à l'égard de l'utilisation qui est faite de la terre:

«Il ressort de ce texte que le dépôt d'un plan de lotissement ne constitue pas un permis d'utilisation. Ce n'est qu'une procédure

103. *Ibid.* à la p. 874.

104. Ce dépôt doit maintenant être fait auprès du ministère de l'Énergie et des Ressources.

(1989) 20 R.D.U.S.

formelle qui sert à certifier la description d'une terre. Si le ministre trouve que le plan est correct, il doit le certifier; il n'a aucun pouvoir d'autoriser ou de prohiber l'utilisation de cette terre pour quelque fin que ce soit»¹⁰⁵.

Le texte actuel de l'article 2175 C.c.B.C. ne permet pas d'en venir à une autre conclusion que celle tirée par la Cour suprême: le dépôt d'un plan de subdivision ou de lotissement auprès du ministre de l'Énergie et des Ressources conformément à cette disposition ne saurait constituer¹⁰⁶ un permis d'utilisation pouvant conférer des droits acquis à une utilisation autre que l'agriculture.

2.5.2.5 Permis d'utilisation et permis de lotissement selon l'article 121 L.A.U.

Il nous reste une hypothèse à discuter. Cette hypothèse pourrait se présenter dans le cas où la date d'application de la *L.P.T.A.* à une terre visée par un projet de développement domiciliaire surviendrait après le 15 avril 1980 dans une municipalité ayant adopté un règlement de lotissement conformément à l'article 115 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*¹⁰⁷. Selon cette hypothèse, un permis de lotissement a été délivré en vertu de l'article 121 *L.A.U.*, avant la date d'application de la *L.P.T.A.*, et ce permis atteste de la conformité du projet de lotissement aux normes du règlement de lotissement adopté selon l'article 115 *L.A.U.*. Ce permis de lotissement, à lui seul, peut-il constituer le permis d'utilisation de l'article 101 *L.P.T.A.*?

Dans le cas d'un permis de lotissement délivré selon le régime des articles 115 et 121 *L.A.U.*, il pourrait être prétendu que la délivrance d'un tel permis détermine, indirectement à tout le moins, l'utilisation des lots dans la mesure où la superficie et les dimensions des lots, telles que

105. *Gauthier, supra* note 1 à la p. 875. On remarquera d'ailleurs que le pouvoir de refuser une telle approbation, lorsqu'il existe, est prévu de façon expresse par le législateur: *L.P.T.A.*, art. 33.

106. Il est indifférent que ce dépôt soit accompagné d'une approbation du plan de lotissement par le conseil municipal: dans *Gauthier*, en effet, l'argument que ces deux opérations pouvaient constituer un permis d'utilisation au sens de l'article 101 *L.P.T.A.* a été soumis (à la p. 874) et cet argument doit être considéré comme ayant été clairement refusé.

107. Le 15 avril 1980 marque la date d'entrée en vigueur de la plupart des dispositions de la *L.A.U.*: [1980] 112 G.O.Q., ptie 2, p. 1599.

spécifiées au règlement de lotissement, sont alors déterminées selon les termes mêmes du paragraphe 1 du deuxième alinéa de l'article 115 *L.A.U.*, «pour chaque zone prévue au règlement de zonage» et «par catégories de constructions ou d'usages».

Selon cet argument, la délivrance d'un tel permis de lotissement à l'égard de terrains qui respectent les exigences de superficie et de dimensions applicables aux usages résidentiels dans une zone résidentielle, telle que délimitée au règlement de zonage, pourrait constituer un «permis d'utilisation» à cause de cette référence, dans le règlement de lotissement, aux usages et aux zones du règlement de zonage. L'objectif visé ici est de répondre à l'opinion du juge Mayrand de la Cour d'appel dans *Rhéaume* qui reproche au permis de lotissement de ne pas indiquer les fins auxquelles sont destinées le lot ou ses subdivisions alors que le permis d'utilisation de l'article 101 *L.P.T.A.* est accordé pour «une fin» déterminée, autre que l'agriculture¹⁰⁸.

À notre avis, cet argument ne peut résister à l'analyse de la jurisprudence. Certes, il pourrait être soutenu que l'*obiter* du juge Mayrand dans *Rhéaume* quant au permis de lotissement¹⁰⁹ n'a pas été expressément endossé par la Cour suprême dans *Gauthier* et que, dans ce dernier arrêt, il n'y avait pas eu délivrance d'un permis de lotissement selon la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*¹¹⁰. Toutefois, dans *Gauthier*, le juge Beetz termine son analyse des questions relatives au permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture en endossant comme «pertinents et bien fondés»¹¹¹ les arguments qu'avait soumis la Commission de protection du territoire agricole sur cette question. À notre avis, ces arguments s'appliquent même à l'égard d'un permis de lotissement qui aurait été délivré dans le cadre des articles 115 et 121 de la *L.A.U.*.

La Commission et ensuite la Cour suprême fondent d'abord leur

108. *Supra* note 100 à la p. 546.

109. Il s'agit d'un *obiter* en effet puisque Rhéaume n'avait même pas encore obtenu de permis de lotissement, il n'avait que l'approbation de son plan projet de lotissement, une étape préliminaire. L'opinion du j. Mayrand quant au permis de lotissement lui-même n'était donc pas requise pour la solution du litige.

110. Gauthier fondait son argument sur l'approbation de son plan de lotissement par le conseil municipal et son dépôt au ministère des Terres et Forêts selon 2175 *C.c.B.c.* De plus, la date d'application de la *L.P.T.A.* dans *Gauthier* était celle du 9 novembre 1978 et, à cette date, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* n'avait pas encore été adoptée.

111. *Gauthier*, *supra* note 1 aux pp. 876-77.

(1989) 20 R.D.U.S.

argumentation sur l'objet du permis de lotissement, par opposition au permis d'utilisation. Le permis d'utilisation permet l'usage recherché, tel un permis de construction pour une résidence, alors que pour sa part, le permis de lotissement ne sert qu'à permettre la délimitation d'une nouvelle propriété ou l'identification d'un nouveau lot sans autoriser l'usage de ce lot. De plus, cette distinction entre le lotissement et l'utilisation, donc entre le permis de lotissement et le permis d'utilisation, est le fait de la Loi elle-même qui en fait deux prohibitions distinctes: l'interdiction de lotir à l'article 28 *L.P.T.A.* et l'interdiction d'utiliser à l'article 26 *L.P.T.A.*.

En vertu de l'article 101, le droit acquis dépend de l'usage et c'est le droit acquis obtenu par l'usage ou le permis d'usage qui permet de lotir. L'inverse n'est pas vrai; le seul lotissement ou le permis de lotir ne donne pas un droit acquis à l'usage. Le législateur connaissait la distinction entre l'usage et le lotissement, il n'a pas voulu que le lotissement ou le permis de lotir suffise pour justifier des droits acquis sous l'article 101, il exige l'usage ou, à tout le moins, un permis d'usage.

À notre avis, en faisant siens ces arguments de la Commission, la Cour suprême, dans *Gauthier*, rend illusoire toute prétention à des droits acquis qui ne serait fondée que sur l'obtention d'un permis de lotissement au sens des articles 115 et 121 *L.A.U.*.

En définitive, dans l'état actuel de la jurisprudence, après *Venne* et *Gauthier*, il est difficile de voir comment la réalisation des différentes étapes administratives et l'obtention des autorisations requises pour un projet domiciliaire puissent faire naître des droits acquis au titre d'un permis d'utilisation avant que ne soient délivrés les permis individuels de construire.

PARTIE III LE REGIME DES DROITS ACQUIS

Jusqu'ici nous avons considéré les principes généraux à partir desquels doivent être étudiés les problèmes de droits acquis selon la *L.P.T.A.* et nous avons analysé les conditions devant exister pour qu'un justiciable puisse invoquer à son profit de tels droits. Nous allons maintenant nous arrêter au régime applicable aux droits acquis lorsqu'ils existent. Il s'agira d'un regard sur la jurisprudence des tribunaux judiciaires rendue en application des articles 102 et suivants par lesquels le législateur a déterminé les normes applicables à la perte des droits acquis et au droit d'extension. Ici encore, il ne s'agit pas d'une étude exhaustive mais seulement de la mise en relief des arrêts les plus récents ou de certaines autres décisions significatives.

3.1 L'article 102 L.P.T.A. et la perte des droits acquis.

L'article 102 L.P.T.A. précise dans quels cas peuvent être perdus les droits reconnus par l'article 101, que ce soit au titre d'une utilisation ou d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture:

«102. Le droit reconnu par l'article 101 subsiste malgré l'interruption ou l'abandon d'une utilisation autre que l'agriculture. Il est toutefois éteint par le fait de laisser sous couverture végétale la superficie sur laquelle il porte, pendant plus d'un an à compter du moment où les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables sur cette superficie. Il est également éteint aux mêmes conditions sur la partie de cette superficie qui a fait l'objet d'un acte d'aliénation; il en est de même quant à la superficie qui a été réservée par le vendeur à l'occasion d'un lotissement ou d'une aliénation, intervenue après le 20 juin 1985».

Tel que déjà signalé, nos discussions ne porteront que sur certains aspects de cette question à partir des seules décisions des tribunaux judiciaires.

3.1.1 Fardeau de preuve.

On a vu antérieurement que celui qui prétend à des droits acquis selon l'article 101 a le fardeau de la preuve, car il prétend bénéficier d'une exception à l'application normale de la Loi en zone agricole. Toutefois, une fois qu'il a réussi la démonstration de ses droits acquis, «il faudra une preuve prépondérante qu'il a perdu ses droits» selon l'expression utilisée par la Cour supérieure dans *C.P.T.A.Q. c. St-Louis*¹¹².

On peut en déduire que c'est alors à la Commission ou à celui qui prétend que les droits acquis ont été perdus d'assumer le fardeau d'établir les conditions d'application de l'article 102 L.P.T.A.. Une telle inférence semble logique surtout si l'on se souvient que dans *Veilleux* la Cour suprême a rappelé que l'article 102 et la question de la couverture végétale ne surviennent qu'après qu'on ait déterminé, au préalable, l'existence de

112. *C.P.T.A.Q. c. St-Louis*, *supra* note 34 à la p. 16.

(1989) 20 R.D.U.S.

droits acquis en vertu de l'article 101¹¹³.

3.1.2 Les critères d'application de l'article 102.

Il est clair d'après le texte même de l'article 102 L.P.T.A. que le simple fait de ne pas utiliser un lot protégé par droits acquis ne fait pas perdre la protection.

«Le droit de continuer une utilisation depuis défendue par la loi sur la protection du territoire agricole persistera même si cette utilisation est interrompue ou abandonnée. Puisque ce droit est acquis de par la loi elle-même, il s'ensuit que l'interruption ou l'abandon dont traite l'article 102 doit aussi avoir lieu après l'entrée en vigueur de la loi. Ce n'est donc pas parce qu'un lot n'est plus utilisé comme autrefois que l'on perd des droits acquis en vertu de l'article 101. Une fois acquis, ces droits ne sont pas éteints parce que leur exercice a été interrompu ou abandonné après l'entrée en vigueur de la loi, à moins qu'une végétation n'ait recouvert le lot délaissé depuis plus d'un an»¹¹⁴.

On peut aussi déduire du texte de l'article 102 que le seul changement d'usage après la date d'application de la Loi ne fait pas non plus perdre la protection. L'article 102 détermine donc, à l'égard du droit acquis à un usage dérogatoire, une règle différente de la règle de droit commun applicable au zonage local. Dans ce dernier cas, en effet, les droits acquis à un usage dérogatoire au règlement de zonage se perdent par l'abandon ou l'interruption de son exercice¹¹⁵ ou par changement d'usage¹¹⁶.

113. Veilleux, *supra* note 1 à la p. 856.

114. Juge L. Poitras dans *Carrière Côté St-Louis Canada Ltée c. Blainville*, *supra* note 81 à la p. 9.

115. *Montréal c. Di Stauro*, [1965] R.L. 208 (C.S.); *Ouimet c. Montréal et Lespérance*, [1970] C.S. 537.

116. *Montréal c. Bibeau*, [1964] B.R. 107; *Savoie c. St-Léonard*, [1964] C.S. 283; *Montréal c. Bijouterie Gervais Inc.*, [1981] J.M. 21 (C.A.), inf. [1975] C.S. 1154, autorisation d'appeler refusée: [1980] 2 R.C.S. v.

GIROUX, Lorne

La perte des droits acquis ne survient que lorsque la superficie protégée au sens de l'article 101 est laissée sous couverture végétale pendant plus d'un an à compter de la date d'application de la Loi, de la date du lotissement ou de l'aliénation, selon le cas.

Dans *Veilleux*, sans même que la question ait été soulevée devant la Cour, semble-t-il, le juge Beetz s'est arrêté à la différence entre la version française et la version anglaise de l'article 102 *L.P.T.A.*. L'article 102 emploie l'expression «laisser le sol sous couverture végétale» et la version anglaise utilise la périphrase «to leave land uncropped». La version anglaise pourrait laisser croire que le seul fait de ne pas cultiver pendant un an¹¹⁷ serait suffisant pour faire perdre les droits acquis même quand la végétation pourrait prendre beaucoup plus longtemps pour recouvrir le sol comme dans le cas d'un terrain de stationnement recouvert d'asphalte, par exemple. En reconciliant les textes à l'aide du sens ordinaire des mots et de l'objet de la Loi, le juge Beetz en vient ainsi à définir les termes «uncropped» et «sous couverture végétale» comme signifiant «recouvert par la végétation»¹¹⁸.

Dans ce contexte, un arrêt illustre les difficultés d'application de l'article 102 lorsque le lot est déjà sous couverture végétale à la date d'application mais est quand même utilisé à une fin autre que l'agriculture.

Dans *C.P.T.A.Q. c. St-Louis*¹¹⁹, la Commission demandait une ordonnance sous l'article 85 *L.P.T.A.* pour faire cesser une utilisation autre qu'agricole sur un lot assujéti à la Loi.

Il fut établi que le 9 novembre 1978 ce lot était utilisé comme centre de parachutisme et piste d'atterrissage sur gazon. Un hangar y était également érigé. La Commission admettait qu'une piste d'atterrissage et une école de parachutisme étaient une utilisation autre qu'agricole à la date d'application de la Loi, mais elle soutenait que cet usage avait été interrompu et que le terrain était resté sous couverture végétale au sens de l'article 102. Il y avait donc eu perte des droits acquis à l'exception du hangar et d'une superficie d'un hectare autour de lui.

Dans une telle hypothèse, le terrain est déjà sous couverture végétale à la date d'application de la Loi. Il peut alors être soutenu que la seule interruption d'usage pendant plus d'un an est suffisante pour faire perdre les droits acquis malgré la première phrase de l'article 102 qui semble

117. «To leave land uncropped» signifie «ne pas cultiver la terre dans le but d'en obtenir une récolte»: *Veilleux*, *supra* note 1 à la p. 857.

118. *Veilleux*, *supra* note 1 aux pp. 857-58.

119. *Supra* note 34.

(1989) 20 R.D.U.S.

indiquer le contraire. Cette situation n'a pas été sans poser quelques difficultés au juge Durocher de la Cour supérieure, saisi de l'affaire:

«L'argument à l'effet que la piste et ses environs étaient sous couverture végétale avant et lors de l'entrée en vigueur de «la Loi», et sont demeurés tels par la suite peut, à première vue, paraître anodin. Il n'en demeure pas moins qu'il soulève aussi plusieurs interrogations.

D'une part la commission, comme le tribunal ici, trouve que l'ensemble de l'exploitation a bénéficié du droit acquis visé à l'article 101, alors que le lot est dans cet état. Le début de l'article 102 édicte que «le droit reconnu par l'article 101 subsiste malgré l'interruption ou l'abandon de l'utilisation autre que l'agriculture.» Si, alors que les lieux étaient sous cette couverture, qu'on en faisait une utilisation autre qu'agricole, et qu'on a pu acquérir un droit portant sur le lot, le fait de le laisser dans le même état végétal en 1979 et 1980 emporte-t-il extinction? À partir de quel moment devra-t-on computer le délai? La présence du hangar a-t-elle une incidence sur la question?

D'autre part, on peut constater que le législateur ne semble pas avoir prévu cette situation. Quel genre d'interprétation faut-il alors donner à "la loi" »¹²⁰.

Or, la preuve révélait que de 1979 à 1983 il n'y eut pas d'activité à cet endroit à l'exception de quelques atterrissages sporadiques insuffisants à démontrer que l'endroit était utilisé comme aéroport. Surtout, et ce fait a semblé déterminant, les intimés avaient loué les lieux à des agriculteurs en 1982 et 1983 et permis l'exercice d'une activité agricole. Dans de telles circonstances, le juge Durocher fut d'avis qu'on ne pouvait pas conclure que le droit acquis ne s'était pas éteint, à l'exception du hangar et de son chemin d'accès sur une superficie pouvant être portée à un hectare.

120. *Ibid.* à la p. 15.

Cet arrêt de la Cour supérieure vient tout récemment d'être confirmé par la Cour d'appel. Dans *St-Louis v. C.P.T.A.Q.*¹²¹ la Cour d'appel a énoncé plusieurs principes quant à l'application de l'article 102.

Les appelants soumettent d'abord à la Cour que puisque le hangar n'avait pas été laissé sous couverture végétale, le droit acquis dont bénéficiait toute la superficie ne s'était pas éteint vu que cette superficie était entièrement utilisée à une fin autre que l'agriculture le 9 novembre 1978. La Cour refusa cette interprétation de l'article 102 car elle conduirait à un résultat absurde. Il suffirait alors de garder sous couverture végétale un mètre carré de terrain pour éviter l'extinction du droit acquis. Selon la Cour d'appel, même si le droit acquis ne s'éteint pas mètre carré par mètre carré, lorsqu'une partie importante d'une superficie est laissée sous couverture végétale sans utilisation ou activité effective ou significative pendant plus d'un an, le droit acquis qui porte sur cette superficie est éteint en ce qui concerne cette partie.

La Cour confirme ensuite le jugement de la Cour supérieure à l'effet que les atterrissages sporadiques et les projets non réalisés après la date d'application de la Loi avec, en plus, l'exercice d'une activité agricole en 1982 et 1983 ne pouvaient faire renaître les droits acquis. De plus, la possibilité de l'exercice du droit de retrait pendant deux ans après l'acquisition de la propriété par l'adjudicataire à une vente pour taxes ne change pas le fait que pendant cette période l'emplacement n'était pas utilisé à une fin autre que l'agriculture.

La Cour répond enfin à l'argument basé sur le fait que même pendant son utilisation à des fins autres que l'agriculture comme piste d'atterrissage sur gazon et école de parachutisme, l'emplacement était resté sous couverture végétale de telle sorte que le droit acquis ne pouvait être éteint par le fait de laisser le lot dans cet état:

«A ceci je réponds... que l'abandon de l'utilisation à des fins autres que l'agriculture donne à la couverture végétale existante un caractère nouveau, un effet particulier. C'est là, à mon avis, appliquer à l'espèce les dispositions de la première partie de l'article 102 de la *Loi sur la protection du territoire agricole*: l'abandon de

121. *Supra*, note 34.

(1989) 20 R.D.U.S.

l'utilisation autre que l'agriculture ne suffit pas, à lui seul, pour faire perdre le droit acquis à telle utilisation mais lorsqu'en plus l'emplacement est laissé sous couverture végétale pendant plus d'un an, ce droit est éteint»¹²².

En pratique, ceci signifie que s'il s'agit d'un droit acquis résultant d'une utilisation autre que l'agriculture s'exerçant sur un lot recouvert de végétation, l'interruption ou l'abandon d'une utilisation non-agricole pendant plus d'un an fait perdre la protection.

Toutefois, si le droit acquis existe au titre d'un permis d'utilisation autre que l'agriculture sur un lot recouvert de végétation, nous sommes d'opinion que pendant la période de validité de ce permis, la seule absence d'utilisation pendant plus d'un an ne suffit pas à faire perdre le droit acquis. En effet, l'article 101, on l'a vu, reconnaît deux modes d'acquisition des droits acquis: l'utilisation à une fin autre que l'agriculture et le permis d'utilisation. Les termes de l'article 102 ne font référence qu'à la situation où le droit acquis résulte d'une utilisation et non d'un permis¹²³.

3.1.3 La suspension du délai de l'article 102.

La jurisprudence administrative de la Commission et même celle des tribunaux ordinaires reconnaissent que le délai de l'article 102 peut être suspendu. Ces décisions ont été rendues dans des cas où il était soumis que la période de l'article 102 ne doit pas courir pendant qu'une personne est devant les tribunaux pour faire statuer sur ses droits. La Commission a ainsi reconnu que le délai de l'article 102 ne pouvait courir dans le cas d'une société exploitant une carrière pendant la période où cette société était devant les tribunaux pour faire reconnaître, à l'encontre d'un règlement municipal, ses droits acquis à l'exploitation¹²⁴. Le même argument a été repris par le juge Masson de la Cour supérieure dans *Rhéaume c. C.P.T.A.Q.*¹²⁵. Invoquant la jurisprudence même de la Commission, le juge a estimé que le fait pour Rhéaume d'avoir laissé son lot sous couverture végétale pendant plus d'un an ne pouvait lui être reproché. Il était alors devant les tribunaux pour faire statuer sur ses droits

122. *Ibid.* aux pp. 12 et 13 de l'opinion du j. McCarthy parlant pour la Cour d'appel.

123. *Supra*, p. 33 et note 90.

124. *Carrières T.R.P. Ltée c. Potvin et al* (16 septembre 1980), 7325-019316, (C.P.T.A.Q.), à la p. 6.

125. *Rhéaume c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 17.

GIROUX, Lorne

acquis¹²⁶.

Encore faut-il toutefois que le débat judiciaire soit en rapport avec les droits conférés ou reconnus par la *L.P.T.A.* à l'égard du lot qui serait revenu sous couverture végétale, pour que cette suspension du délai soit ainsi reconnue. Dans *C.P.T.A.Q. c. Saint-Louis*¹²⁷, on a vu que la Commission prétendait qu'il y avait eu perte des droits acquis parce que le lot était resté sous couverture végétale pendant plus d'un an. Le propriétaire du lot à la date d'application de la Loi avait par la suite vendu ses actions dans l'entreprise et il avait personnellement conservé une hypothèque sur l'emplacement en garantie du solde du prix de vente. Les actifs furent ultérieurement vendus à une autre entreprise qui s'attaqua à la validité de l'hypothèque alors que le propriétaire original intentait, pour sa part, un recours hypothécaire. Finalement, le propriétaire original reprit la propriété en se portant adjudicataire de l'immeuble suite à une vente pour taxes. Il prétendit que l'article 102 ne pouvait s'appliquer parce que, depuis 1977, il était en litige devant les tribunaux tel que décidé par la Commission dans *Carrières T.R.P. Ltée*¹²⁸ et par la Cour supérieure dans *Rhéaume c. C.P.T.A.Q.*¹²⁹. Cet argument ne fut pas retenu à cause du manque de connexité entre le litige hypothécaire et l'application de la *L.P.T.A.*.

*«Le tribunal trouve que l'action hypothécaire intentée par l'intimé Saint-Louis ne pouvait avoir pour objet que la protection de sa créance et, éventuellement, une vente en justice. Elles ne portaient aucunement sur les questions qui nous occupent ici. Elles n'ont donc aucun effet sur le présent litige; et sûrement pas celui d'interrompre le processus d'extinction du droit acquis, prévu à l'article 102. Cet argument est donc rejeté»*¹³⁰.

3.1.4 Cas particuliers.

La Cour supérieure a signalé que le droit acquis reconnu par l'article

126. *Ibid.*, à la p. 10 du jugement du juge Masson. La Cour d'appel a renversé ce jugement mais ne s'est pas prononcée sur cette question.

127. *Supra* note 34.

128. *Supra* note 124.

129. *Supra* note 17.

130. *C.P.T.A.Q. c. St-Louis*, *supra* note 34 aux pages 14-15.

(1989) 20 R.D.U.S.

104 à un lot qui a été acquis ou utilisé à une fin d'utilité publique par une autorité publique, à la date d'application de la Loi, n'est pas touché par le mode d'extinction de l'article 102. La Cour note que l'article 102 ne fait référence qu'à un droit reconnu par l'article 101 ce qui excluerait implicitement l'article 104¹³¹. Il a également été décidé que l'article 102 doit céder devant le droit d'étendre la superficie des droits acquis accordé par l'article 103. Dans *Mondor c. C.P.T.A.Q.*¹³², la Cour supérieure a jugé que le requérant avait le droit d'étendre la superficie sur laquelle il avait des droits acquis, même si cette extension se réalisait sur une partie non contiguë du même lot qui en était séparée par un chemin public. La Commission souleva que le droit acquis auquel prétendait le requérant avait été éteint vu qu'il existait toujours une couverture végétale sur les parties de terrain devant faire l'objet de l'extension. Cette prétention fut rejetée. Le juge Tannenbaum fit remarquer qu'il n'y avait eu ni interruption ni abandon des droits acquis par le requérant qui continuait à utiliser la résidence qui lui conférait ses droits acquis. Il n'avait donc pas perdu le droit qu'il voulait maintenant étendre¹³³. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cette question précise mais en confirmant le jugement quant au droit d'extensionner, elle confirme donc que l'article 102 ne saurait faire obstacle au droit accordé par l'article 103 L.P.T.A..

3.2 L'article 103 et l'extension des droits acquis.

L'article 103 L.P.T.A. accorde le droit d'étendre la superficie sur laquelle des droits acquis sont reconnus par l'article 101.

«103. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, étendre la superficie sur laquelle porte un droit reconnu par l'article 101.

Cette superficie peut être portée à un demi-hectare si, au moment où les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission y ont été rendues applicables, ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à des fins

131. *St-Nicéphore c. C.P.T.A.Q.* (20 juin 1989) Drummond 405-05-000225-888, (C.S.), j. G. Arsenault à la p. 6.

132. *Mondor c. C.P.T.A.Q.* (6 décembre 1983) Joliette 705-05-000518-830, (C.S.), j. Tannenbaum conf. par C.P.T.A.Q. c. *Mondor*, [1989] R.D.I. 291 (C.A.).

133. *Ibid* aux pp. 5-6 du jugement du j. Tannenbaum.

GIROUX, Lorne

résidentielles. Elle peut être portée à un hectare s'il s'agissait d'une utilisation ou d'un permis d'utilisation à des fins commerciales, industrielles ou institutionnelles.

L'extension prévue par l'alinéa précédent peut être faite sur plus d'un lot lorsqu'une personne était propriétaire de plusieurs lots contigus à la date où les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables à ces lots.»

Ce droit d'extension a fait l'objet de deux arrêts récents de la Cour d'appel que nous allons maintenant considérer. On remarquera cependant, qu'à notre connaissance, le droit de faire l'extension sur plus d'un lot accordé en 1985¹³⁴ n'a pas encore fait l'objet d'interprétation judiciaire.

3.2.1. La portée du droit d'extension reconnu par l'article 103.

Les tribunaux de droit commun ont été appelés à se prononcer sur la portée du droit d'étendre la superficie sur laquelle portent les droits acquis, tel que le reconnaît l'article 103.

La lecture du deuxième alinéa de l'article 103 révèle que le droit d'extension accordé ne l'est que jusqu'à un demi-hectare, dans le cas d'une utilisation à des fins résidentielles et jusqu'à un hectare, dans le cas d'une utilisation à des fins commerciales, industrielles ou institutionnelles. Il ne s'agit pas du droit d'étendre la superficie d'un demi ou d'un hectare mais de la porter à un demi ou à un hectare. Si la superficie déjà protégée par droits acquis à la date d'application de la Loi au lot atteint ou excède la limite d'un demi ou d'un hectare, il n'y a plus d'extension possible. Dans le cas d'une activité extractive, la Cour supérieure a déjà souligné que l'existence d'une telle situation «équivalait à la négation à brève échéance de tout droit d'exploitation»¹³⁵. Dans un tel cas, la limite imposée par le deuxième alinéa de l'article 101 s'applique avec rigueur.

Dans *Sablière Portneuf Inc. c. C.P.T.A.Q.*¹³⁶, un ingénieux argument, fondé sur le texte de l'article 101, a été soumis à la Cour supérieure pour

134. L.Q. 1985, C. 26, art. 29 et 33.

135. Juge Moisan dans *C.P.T.A.Q. c. Meunier*, *supra* note 65 à la p. 9.

136. *Supra* note 34.

(1989) 20 R.D.U.S.

contourner cette difficulté. Dans cette affaire, il s'agissait d'une sablière qui était déjà exploitée sur une superficie supérieure à un hectare le 9 novembre 1978. Sur requête pour jugement déclaratoire, l'exploitante fit valoir qu'en rendant à l'agriculture une partie de son lot jusque-là exploité comme sablière, elle pouvait alors en exploiter une autre partie comme sablière en autant que la superficie totale exploitée à cette fin ne dépasse pas la superficie protégée par droits acquis à la date d'application de la Loi. En définitive, la prétention de la requérante était qu'elle pouvait «promener» en quelque sorte sa superficie de droits acquis sur le lot en rendant à l'agriculture la partie du terrain jusque-là exploitée comme sablière et en avançant alors son front d'exploitation sur une superficie équivalente:

«En somme, ce que recherche Sablière est la possibilité de déplacer son exploitation sur diverses parties du lot 145 non encore utilisées en limitant chaque nouvelle surface qu'elle exploitera successivement après l'épuisement de la précédente (sic), à la même étendue que celle qu'elle avait le droit d'exploiter grâce à ses droits acquis le 9 novembre 1978. Dans cette optique, les droits acquis de 1978 se rapportaient à une exploitation supérieure à un hectare dont il n'y a à peu près plus rien à tirer. Pour empêcher Sablière de mettre fin à ses opérations vu cet épuisement de la matière première, elle pourrait exploiter cette superficie supérieure à un hectare dans un autre secteur encore vierge du lot 145 en même temps qu'elle rendrait à l'agriculture la partie maintenant vide. Une fois épuisé le deuxième secteur, on passe à un troisième, toujours en limitant l'exploitation à la superficie supérieure à un hectare qui faisait l'objet des droits acquis tout en remettant à l'agriculture celui que l'on vient de quitter, et ainsi de suite, ce qui aurait comme conséquence que l'ensemble du lot 145 serait en définitive exploité au complet si ce n'est que ce serait par étape, sujet selon ce que déclare la Sablière à la remise pour fins d'agriculture, des parties vidées du sable et

GIROUX, Lorne

*du gravier*¹³⁷.

Cette théorie originale ne fut pas endossée par le juge Walters. La «superficie» dont parlent les articles 101 et 103 n'est pas seulement une donnée mathématique ou un calcul mais elle correspond au périmètre d'un espace contenu dans un lot et qui était utilisé ou faisait l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture à la date d'application. La prétention de la requérante équivaut à un droit d'étendre cette superficie et de créer une situation nouvelle, autre que celle qui existait à la date d'application et elle doit être rejetée¹³⁸.

Les auteurs¹³⁹ et la Commission de protection du territoire agricole dans ses décisions¹⁴⁰ ont toujours considéré que le droit d'extension de l'article 103 pouvait s'exercer pour chaque utilisation existante sur le lot à la date d'application de la Loi. Ainsi, deux utilisations s'exerçant sur un même lot, une utilisation résidentielle et une utilisation commerciale, donneraient droit à une extension jusqu'à un hectare et demi.

Il n'existe à notre connaissance qu'un seul prononcé judiciaire à cet effet. Dans *Mondor c. C.P.T.A.Q.*¹⁴¹, la question fondamentale en litige était de savoir si l'extension de l'article 103 pouvait se faire sur une autre partie du même lot mais de l'autre côté d'une rue publique. Le requérant était propriétaire de deux lots qui, à la date de référence, étaient utilisés pour les fins d'un commerce de transport. De plus, sur l'un de ces lots, il possédait une résidence. Au cours de l'argumentation, la Commission prétendit qu'en érigeant un garage pour les fins de son commerce, après l'entrée en vigueur de la Loi, le requérant avait épuisé son droit d'étendre sa superficie de droits acquis. Le juge Tannenbaum décida que cette prétention de la Commission n'était pas fondée. Le lot sur lequel le requérant voulait étendre ses droits acquis était utilisé à deux fins distinctes, commerciale et résidentielle, à la date d'application de la Loi et il possédait donc des droits acquis pour ces deux fins. Ces droits acquis distincts pouvaient en conséquence être étendus selon l'article 103 et le droit d'étendre la superficie de droits acquis n'était pas épuisé à l'égard de l'utilisation résidentielle du lot. La Cour d'appel n'a pas discuté cette question précise

137. *Sablière Portneuf Inc. c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 34 à la p. 10.

138. *Ibid* aux pp. 20-21.

139. L. Cormier et L. Sylvestre, *op. cit. supra* note 5 à la p. 207.

140. *Raymond Isabelle*, (24 septembre 1979), 004093, (C.P.T.A.Q.); *Rita L. Laplante*, (29 janvier 1980), 012431, (C.P.T.A.Q.). Des extraits pertinents de ces décisions sont rapportés dans L. Cormier et L. Sylvestre, *op. cit. supra*, note 5 à la p. 910.

141. *Mondor c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 132.

(1989) 20 R.D.U.S.

mais, en rejetant l'appel, elle a ainsi confirmé le jugement de la Cour supérieure qu'elle déclare «bien fondé»¹⁴².

Enfin, toujours dans *Mondor*, le requérant voulait procéder à l'extension de ses droits acquis sur le même lot mais comme ce lot était traversé par un chemin public, il voulait réaliser cette extension en construisant une résidence de l'autre côté du chemin. La Commission contesta ce droit d'étendre ainsi les droits acquis à une partie non contiguë du même lot.

Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel donnèrent raison au requérant. À l'époque où fut rendue la décision de première instance, l'article 103 n'autorisait pas encore l'extension sur plus d'un lot mais, comme le note la Cour d'appel, ni la définition du mot «lot», ni l'article 103 n'exigent de condition de contiguïté à l'extension des droits acquis lorsque cette extension se fait sur le même lot. Toutefois, le juge de première instance a exigé que l'utilisation permise par l'extension des droits acquis se fasse sur la partie du lot immédiatement adjacente au chemin public et la Cour d'appel a endossé cette restriction:

*«Le juge a, à bon droit selon moi, rejeté la prétention de la Commission à l'effet qu'il faudrait, dans le cas présent, qu'il y ait contiguïté et je crois de plus que la restriction qu'il ajoute dans son jugement à l'effet que l'utilisation permise devra se faire sur la partie du lot immédiatement adjacente au chemin public, respecte le sens et les fins de la loi»*¹⁴³.

L'imposition d'une telle restriction se comprendra mieux quand on aura vu, dans nos prochains développements, l'attitude qu'ont adoptée les tribunaux québécois à l'égard de la forme que peut prendre l'extension des droits acquis selon l'article 103 L.P.T.A..

3.2.2 La forme de l'extension.

Jusqu'en février 1982, la Commission de protection du territoire agricole, dans ses décisions¹⁴⁴, avait adopté la position selon laquelle le

142. C.P.T.A.Q. c. *Mondor*, [1989] R.D.I. 291 à la p. 294 (C.A.).

143. *Ibid.* opinion du j. Mailhot, pour la Cour d'appel à la p. 294.

144. *Coallier* (15 mai 1979), 000758, (C.P.T.A.Q.); *Fontaine* (2 mars 1979), 00195, (C.P.T.A.Q.); ces décisions sont rapportés dans L. Cormier et

titulaire des droits acquis voulant se prévaloir du droit d'extension de l'article 103 *L.P.T.A.* avait entière liberté quant à la configuration de cette extension en autant qu'il respectait les limites de superficie prévues à la Loi. Cette jurisprudence administrative, qui avait d'ailleurs été véhiculée par les représentants et les conseillers de la Commission¹⁴⁵, a engendré le développement de pratiques d'extension qui consistaient à relier par des corridors longilignes de plusieurs centaines de pieds de longueur par quelques pouces de largeur des superficies non contiguës et souvent éloignées les unes des autres de manière à les faire profiter des avantages de la section IX de la *L.P.T.A.* portant sur les droits acquis. Ce sont ces pratiques qui ont été décrites par diverses appellations: «théorie du cordon ombilical, théorie des bretelles, théorie du peigne, etc.»

À partir de sa décision dans l'affaire *Rhéaume*¹⁴⁶, la Commission a modifié sa jurisprudence antérieure et a décidé que l'extension de l'article 103 devait être une extension «pleine et continue» de la superficie déjà protégée par droits acquis selon l'article 101¹⁴⁷. À compter de 1984, la Cour supérieure a confirmé cette nouvelle jurisprudence de la Commission¹⁴⁸ et la Cour d'appel a tranché la question dans *Bigras c. C.P.T.A.Q.*¹⁴⁹.

Dans *Bigras*, l'appelant bénéficiait d'un droit acquis à un usage résidentiel selon l'article 101 et, afin de mieux profiter du droit d'étendre jusqu'à un demi-hectare prévu à l'article 103, il avait relié, par une longue bretelle, la superficie du site de la résidence existante à une autre superficie située au nord de sa propriété¹⁵⁰. Ne pouvant obtenir une approbation de la Commission, il avait demandé à la Cour supérieure, sur requête pour

L. Sylvestre, *op. cit.*, *supra* note 5 aux pp. 914-15. On trouvera dans *C.P.T.A.Q. c. Lebeau*, [1987] R.D.I. 99 (C.S.) aux pp. 101-02 un excellent historique de l'évolution jurisprudentielle sur cette question.

145. Voir dans *C.P.T.A.Q. c. Lebeau*, *supra* note 144 à la p. 102 et dans *C.P.T.A.Q. c. Ferme porchaison Inc.*, [1988] R.D.I. 188 (C.S.) à la p. 195.

146. *Rhéaume* (23 février 1982), 5302D-045867 (C.P.T.A.Q.), rapportée dans L. Cormier et L. Sylvestre, *op. cit. supra* note 5 aux pp. 914.1 à 916.

147. *Charest* (21 septembre 1982), 4009D-040695 (C.P.T.A.Q.); *Cinq-Mars* (5 novembre 1982), 2017D-29604 (C.P.T.A.Q.), rapportées dans L. Cormier et L. Sylvestre, *op. cit.*, *supra* note 5 aux pp. 916-22.

148. *Bigras c. C.P.T.A.Q.* (11 mai 1984), Montréal 500-05-000509-842, (C.S.), j. C. Guérin, conf. par [1987] R.J.Q. 1937, [1987] R.D.I. 365 (C.A.); *Brock c. C.P.T.A.Q.* (24 avril 1985), Drummond 405-05-000191-841, J.E. 85-570 (C.S.), j. J. Marquis; *C.P.T.A.Q. c. Lebeau*, *supra* note 144.

149. *Bigras c. C.P.T.A.Q.*, [1987] R.J.Q. 1937, [1987] R.D.I. 365 (C.A.).

150. On trouvera un plan illustrant la situation concrète dans *Bigras* à [1987] R.J.Q. 1937 à la p. 1939 et [1987] R.D.I. 365 à la p. 367.

(1989) 20 R.D.U.S.

jugement déclaratoire, de déclarer que la superficie totale ainsi délimitée à l'aide de la bretelle était protégée par droits acquis. Cette requête fut rejetée par la Cour supérieure¹⁵¹ et ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel.

Voici comment la Cour d'appel a exprimé son interprétation quant à la forme ou à la configuration que peut prendre l'extension prévue à l'article 103 de la Loi:

«Il est évidemment difficile d'avoir à l'esprit toutes les configurations possibles de terrain et, en conséquence, de proposer une règle absolue. Je crois cependant qu'on peut dire d'une façon générale que l'exception que prévoit l'article 103 vise le prolongement dans un sens ou dans l'autre de l'ensemble ou d'une partie importante du terrain, le terrain ajouté demeurant ainsi une continuité naturelle du terrain original. C'est dans ce sens que je conçois l'interprétation du texte de l'article 101 (sic) quand il réfère à la possibilité d'«étendre la superficie sur laquelle porte un droit reconnu par l'article 101»¹⁵².

Aux yeux de la Cour, le découpage artificiel proposé par l'appelant ne constitue pas une interprétation qui favorise l'accomplissement de l'objet de la Loi et, de plus, n'est pas en accord avec le but de l'article 103 interprété à la lueur de l'article 101.

Même s'ils ont entériné le changement d'attitude de la Commission à l'égard de la forme de l'extension des droits acquis, les tribunaux ont cherché à protéger les justiciables qui ont agi de bonne foi en se fiant à l'ancienne jurisprudence administrative de la Commission. Ils l'ont fait en particulier dans des cas où la Commission requerrait contre ce justiciable un jugement en nullité des actes accomplis¹⁵³ ou même une ordonnance de démolition¹⁵⁴. Les juges de la Cour supérieure, pour assurer la protection des citoyens qui avaient agi de bonne foi, ont invoqué soit la présomption

151. *Supra* note 148.

152. Opinion du j. Paré, pour la Cour, à [1987] R.J.Q. 1937 à la p. 1939, [1987], R.D.I. 365 à la p. 367.

153. *C.P.T.A.Q. c. Ferme Porchaison Inc.*, *supra* note 145.

154. *C.P.T.A.Q. c. Lebeau*, *supra* note 144.

GIROUX, Lorne

de conformité de l'article 100.1 L.P.T.A.¹⁵⁵ soit l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de rejeter les conclusions demandées par la Commission¹⁵⁶. Ils ont même déclaré la Commission liée par son ancienne jurisprudence, du moins jusqu'en février 1982¹⁵⁷.

Toutefois, tout en refusant à la Commission les conclusions en nullité ou en démolition qu'elle demandait, en annulant les ordonnances qu'elle avait émises et en ordonnant leur radiation, les juges de la Cour supérieure se sont déclarés incapables de prononcer la conformité des anciennes pratiques aux dispositions de la Loi¹⁵⁸.

3.3. Les articles 104 et 105 L.P.T.A.

En terminant notre exposé nous désirons signaler deux décisions judiciaires portant sur l'application et l'interprétation des articles 104 et 105 L.P.T.A. La logique voudrait que ces dispositions soient étudiées avec l'article 101 dans le cadre de la deuxième partie portant sur les conditions d'existence des droits acquis. En effet, les articles 104 et 105 sont des dispositions visant à reconnaître des droits acquis dans des situations autres que celles prévues à l'article 101. Toutefois, nous avons préféré attendre la toute fin de l'étude parce qu'il s'agit de cas particuliers et, surtout, parce qu'il n'est pas de notre intention de faire l'analyse de ces articles mais de nous arrêter seulement aux rares décisions judiciaires où ils ont eu à être appliqués.

Ces dispositions se lisent ainsi:

«104. Un lot peut faire l'objet d'une aliénation, d'un lotissement et d'une utilisation à une fin autre que l'agriculture, sans l'autorisation de la commission, dans la mesure où il avait déjà été acquis, utilisé, ou avait fait l'objet d'une autorisation d'acquisition ou d'utilisation par arrêté en conseil du gouvernement ou règlement municipal pour une fin d'utilité publique, par le gouvernement, un de ses ministres, un organisme public ou une personne

155. C.P.T.A.Q. c. Lebeau, *supra* note 144 aux pp. 102-04.

156. C.P.T.A.Q. c. Lebeau, *supra* note 144 à la p. 105.

157. C.P.T.A.Q. c. Ferme porchaison Inc., *supra* note 145 aux pp. 196-97.

158. C.P.T.A.Q. c. Lebeau, *supra* note 144 à la p. 105, repris dans C.P.T.A.Q. c. Ferme Porchaison Inc., *supra* note 145 à la p. 197.

(1989) 20 R.D.U.S.

habilitée à exproprier au moment où les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission ont été rendues applicables sur ce lot.

Il en va de même d'un lot préalablement cédé ou loué en vertu des articles 19 et 26 de la Loi sur les terres et forêts (chapitre T-9) et d'un lot préalablement acquis en vertu de la Loi sur les immeubles industriels municipaux (chapitre I-O.1).

105. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission aliéner, lotir et utiliser à une fin autre que l'agriculture un lot qui, après la date à laquelle les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission lui ont été rendues applicables, est ou devient adjacent à un chemin public où les services d'aqueduc et d'égout sanitaire sont déjà autorisés par un règlement municipal adopté avant cette date et approuvé conformément à la loi.

Ce droit ne s'étend pas toutefois aux parties du lot situées à plus de 60 mètres de l'emprise du chemin public dans le cas d'une utilisation résidentielle, non plus qu'à celles situées à plus de 120 mètres de cette emprise dans le cas d'une utilisation commerciale, industrielle ou institutionnelle.»

Dans *Bigras c. C.P.T.A.Q.*¹⁵⁹, en plus du problème de la configuration de l'extension des droits acquis en vertu de l'article 103 *L.P.T.A.* se posait également celui de l'application de l'article 105. Le terrain du requérant était situé sur le côté est et au bout d'une rue sur laquelle les services étaient déjà installés selon l'article 105 de la Loi. La rue se terminait en cul-de-sac et, au bout de ce cul-de-sac, du côté nord, le terrain adjacent était aussi la propriété du requérant¹⁶⁰. La Commission reconnaissait les droits

159. *Supra* note 148.

160. Voir le plan mentionné, *supra* à la note 150.

acquis du requérant, en vertu de l'article 105, du côté est, c'est-à-dire le long de la rue mais elle prétendait qu'il n'avait pas de droits acquis au nord, c'est-à-dire à l'extrémité de la rue.

Le juge Guérin n'eut aucune difficulté à reconnaître les droits du requérant à l'encontre des prétentions de la Commission. Le texte de l'article 105 est formel et il vise les superficies adjacentes à un chemin public. La partie nord du lot était aussi adjacente à la rue, à son extrémité, que la partie est qui la longeait donnant ainsi au requérant le bénéfice de la disposition. La position défendue par la Commission équivalait, selon la Cour, à brimer arbitrairement les droits du requérant¹⁶¹. À l'extrémité nord de la rue, il s'agissait alors de tracer un arc de cercle d'un rayon de 60 mètres pour délimiter la superficie protégée par droits acquis qui venait s'ajouter à une bande de 60 mètres de profondeur du côté est, le long de la rue¹⁶². Cette partie du jugement ne fut pas remise en question devant la Cour d'appel¹⁶³ et elle fait donc autorité quant à la façon d'appliquer l'article 105.

Quant à l'interprétation à donner à l'article 104, il faut faire mention de la décision rendue par la Cour supérieure dans *St-Nicéphore c. C.P.T.A.Q.*¹⁶⁴. La municipalité de St-Nicéphore exploitait un dépotoir depuis 1964. En vertu de la réglementation environnementale applicable, une zone tampon devait être respectée autour du site. Le site fut ultérieurement désaffecté et, après son abandon, une partie du terrain jusque-là utilisé comme zone tampon fut cédée par la municipalité à des intérêts privés pour être utilisée à des fins industrielles. Par requête pour jugement déclaratoire la corporation municipale cherchait à faire confirmer par la Cour supérieure que son droit acquis sur ce site, selon l'article 104, pouvait être transféré à des intérêts privés. La Commission, pour sa part, soutenait que le droit acquis de l'article 104 ne pouvait être cédé ou transféré à des intérêts privés.

La requête de la municipalité fut rejetée. Le juge Arsenault estima que la cession du bien d'un organisme visé à l'article 104 à des intérêts privés fait disparaître la fin d'utilité publique et, par conséquent, les avantages conférés par cet article. Ces avantages sont l'imprescriptibilité du droit acquis conféré qui est conservé de façon indéfinie, sans nécessité d'utilisation, et l'absence de restriction quant à la superficie effectivement

161. *Supra* note 148 aux pp. 8-9.

162. C'est ce que révèle le plan mentionné, *supra* à la note 150.

163. *Bigras c. C.P.T.A.Q.*, [1987] R.J.Q. 1937 à la p. 1938, [1987] R.D.I. 365 à la p. 366 (C.A.).

164. *St-Nicéphore c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 131.

(1989) 20 R.D.U.S.

utilisée, comme c'est le cas à l'article 101.

Selon le juge, citant l'affaire *Villiard c. C.P.T.A.Q.*¹⁶⁵, à partir du moment de la cession à des intérêts privés, le bénéfice de l'article 104 disparaît et, en quelque sorte, le lot redevient assujéti à la règle générale de l'article 101:

«En l'instance, il ne s'agit pas d'organisme non soumis à LA LOI, mais bien de corps public possédant des privilèges résultant de l'article 104, privilèges édictés par le législateur au motif d'intérêt public. Telle destination cessant par transfert des intérêts privés, le cédant doit donc alors être considéré comme un simple citoyen; à la différence cependant que les droits acquis pouvant affecter le terrain suivant l'article 101 s'estiment non pas au moment de l'entrée en vigueur de LA LOI mais au moment de l'aliénation, rétroactivement bien entendu pour toute cette période.

Le but de LA LOI tend au retour à l'agriculture des terres en zone verte autrement demeurées inutilisées.

Ainsi, les terrains concernés par le présent recours ont été possédés par LA MUNICIPALITE pour une fin d'utilité publique mais, cette zone tampon adjacente à l'ancien dépotoir, LA MUNICIPALITE n'en a fait aucun usage utile à l'établissement d'un droit acquis actuellement transmissible aux mises-en-cause, ce lot étant toujours demeuré sous couverture végétale, donc inutilisé à un usage autre que l'agriculture au sens de LA LOI (article 1, 1^o)»¹⁶⁶.

Avec respect, cet arrêt nous semble étonnant. L'affaire *Villiard* ne portait pas sur l'article 104 mais concernait plutôt l'article 101 et

165. *Villiard c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 57.

166. *St-Nicéphore c. C.P.T.A.Q.*, *supra* note 131 aux pp. 11-12.

l'applicabilité des restrictions imposées par la *L.P.T.A.* aux propriétés fédérales. Or, dans *St-Nicéphore*, le juge reconnaît lui-même que le régime de l'article 104 s'éloigne en partie des principes généraux découlant de l'article 101 et il écarte même les trois arrêts rendus par la Cour suprême en rapport avec l'article 101¹⁶⁷.

Par ailleurs, on peut se demander comment la Cour peut en arriver à une telle interprétation de l'article 104 sans y ajouter des restrictions qui n'y figurent pas¹⁶⁸. D'une part, selon le texte de l'article 104, c'est le lot lui-même qui est protégé et non son titulaire et, d'autre part, le test de l'utilité publique ne s'applique qu'à un moment bien précis clairement identifié par le législateur comme étant la date d'application de la Loi au lot. Dans *Veilleux*, le juge Beetz, parlant de l'article 101 qui reconnaît des droits acquis dans le cas d'une utilisation ou d'un permis existant «lorsque les dispositions de la présente loi (...) ont été rendues applicables à ce lot», a écarté les utilisations antérieures, mais abandonnées, de même que celles qui n'ont débuté qu'après cette date¹⁶⁹. Pourquoi, alors, dans le cas de l'article 104 qui fait, lui aussi, référence expresse à la date d'application de la Loi pourrait-on tenir compte d'une cession survenue après cette date? Non seulement le jugement dans *St-Nicéphore* introduit-il des considérations postérieures à la date de référence prévue par le législateur mais il conduit même à y insérer une rétroactivité qui n'y figure d'aucune façon.

C'est pourquoi nous soumettons, avec respect, que l'interprétation proposée pour l'article 104 dans cet arrêt fait violence au texte même. À notre avis, cette disposition accorde des droits acquis aux lots qui se qualifient à la date de référence et rien ne permet de conclure que cette protection cesse lorsque les conditions de l'article 104 sont modifiées après la date de référence. Si le législateur avait voulu qu'il en soit ainsi, il se serait exprimé plus clairement.

CONCLUSION

Que l'on soit en accord ou non avec le résultat, il faut reconnaître que la Cour suprême a joué son rôle quant à la question des droits acquis en vertu de la *L.P.T.A.*. La Cour a tranché toutes les questions fondamentales qui lui étaient soumises et elle a clairement tracé la ligne de conduite à être suivie par les tribunaux québécois saisis de ces questions. On peut d'ailleurs penser que, vu le temps écoulé depuis la mise en application de la Loi

167. *Ibid* aux pp. 6-7.

168. *C.P.T.A.Q. c. Mondor*, *supra* note 132.

169. *Veilleux*, *supra* note 1 à la p. 853.

et compte tenu de l'ensemble des questions tranchées par la Cour, on verra moins de décisions portant sur la question de l'existence des droits acquis en vertu de l'article 101. Dans l'ordre normal des choses, il faut s'attendre à des litiges plus fréquents portant sur l'article 102 touchant la perte des droits acquis.

Au plan procédural, les décisions de la Cour suprême ne remettent aucunement en question l'utilisation par les justiciables de la requête pour jugement déclaratoire¹⁷⁰ afin d'obtenir directement de la Cour supérieure un prononcé sur l'existence et l'étendue des droits acquis. Ce recours peut paraître onéreux mais il est relativement expéditif et, lorsque les intérêts en jeu sont importants, c'est celui qui assure la meilleure sécurité juridique à l'exception peut-être des cas d'application de l'article 100.1 *L.P.T.A.*

Il reste encore des zones grises cependant. Les virages de la jurisprudence administrative de la Commission, notamment à l'égard de l'article 103, engendrent parfois des situations difficiles pour les citoyens tel qu'illustré dans les affaires *Lebeau*¹⁷¹ et *Ferme Porchaison*¹⁷². On peut d'abord s'interroger sur l'opportunité pour la Commission d'intenter des recours en nullité et en démolition contre des justiciables qui se sont fiés en toute bonne foi à la jurisprudence de la Commission pour réaliser des opérations qui leur valent maintenant des poursuites onéreuses. D'autre part, à moins qu'il ne soit clairement établi que l'article 100.1 peut recevoir application, les jugements rendus dans ces affaires, s'ils permettent aux citoyens d'échapper aux sanctions demandées par la Commission, ne leur confèrent pas des titres clairs car les juges ont refusé de prononcer la conformité des opérations effectuées aux dispositions de la Loi. Dans un tel cas, le praticien doit s'assurer que le jugement ordonne à tout le moins la radiation des ordonnances que la Commission a pu antérieurement faire enregistrer contre le lot¹⁷³ et il doit s'assurer aussi de l'enregistrement du jugement de la Cour supérieure rejetant le recours de la Commission. Dans le cas d'un transfert ultérieur de la propriété, le jugement devrait être joint à l'acte de transfert.

170. Art. 453 *C.p.c.*

171. *Supra* note 144.

172. *Supra* note 145.

173. En vertu de l'article 105.1 *L.P.T.A.*

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA REPRÉSENTATION VOLONTAIRE ET ORGANIQUE EN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Auteur(s) : Jeffrey A. TALPIS

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 89-130

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13552>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13552>

Page vide laissée intentionnellement.

LA REPRESENTATION VOLONTAIRE ET ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS*

par Jeffrey A. TALPIS**

L'auteur examine les règles de conflits de lois au Québec selon le droit actuel, en matière de la représentation volontaire ou consensuelle et de la représentation d'une personne morale par le truchement des organes ou des individus qui ont juridiquement le droit d'agir pour son compte.

A l'égard de la représentation volontaire, il réaffirme l'opinion généralement admis que les relations entre le représenté et le représentant (appelées «les relations internes») sont régies par la loi applicable à leur contrat, mais que les relations entre le représenté et le tiers, ou entre le représentant et le tiers (appelées «les relations externes») sont régies par une autre loi. L'insécurité juridique quant à la loi applicable pour régir les relations externes ainsi quant au champ d'application respectif des règles de conflits régissant les relations internes qu'externes, compliquée par la présence d'une procuration freine le commerce international. Le praticien qui est appelé à préparer un contrat au Québec où un étranger y est représenté n'a pas de choix que de faire une application cumulative de toutes les lois potentiellement applicable afin d'assurer la validité de la transaction.

A l'égard de la représentation d'une personne morale par ses organes, l'auteur démontre que la détermination de la représentation organique n'est pas un cas de la représentation volontaire mais de la représentation légale régit par la loi applicable à la société, par exemple. Cependant, si l'organe de la société, étant une personne physique ou désignée comme telle, a agi au delà des pouvoirs qui lui ont été conférés il se trouve dans la même situation que tout autre représentant de la société, et les règles de la représentation volontaire peuvent s'appliquer.

Enfin l'auteur examine les règles affectant directement la représentation volontaire et organique proposées dans l'Avant-projet de 1988 sur le droit international privé, faisant certaines suggestions afin de les améliorer et de les clarifier.

*. Inspiré d'une conférence prononcée à Amsterdam en mars 1989 au Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin.

** Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Docteur en droit (Université de Montréal), M.A., B.A., B.C.L. (McGill).

The author examines the existing Quebec conflict rules both for voluntary or consensual agency and the representation of a legal person (generally companies) by its organs, or by individuals who legally are authorized to act on its behalf.

In so far as voluntary representation, he reaffirms the generally accepted view that the relations between the principal and the agent (called «the internal relation») are governed by the law applicable to their contract, while the relations between the principal and the third party or between the agent and the third party (called «the external relation») is governed by another law. He demonstrates how the controversies as to the law applicable to the external relations, as well as the respective scope of the internal and external rules, further complicated by the presence of a power of attorney is a hindrance to international commerce. The practitioner who is called upon to prepare a contract in Quebec whereby a foreigner is represented has no choice but to make a cumulative application of all potentially applicable laws to insure the validity of the transaction.

In so far as the representation of a legal person by its organs the author shows that the determination of its representative organ is not a case of voluntary but of legal representation. Where however, a natural person being its legal organ under the competent law, or designated as such by its legal organ (such as the board of directors) acts outside the authorization conferred upon him to act, the person is in the same position as an agent and the rules of voluntary representation may apply.

The author examines the rules dealing directly with voluntary and organic representation proposed in the Draft Bill of 1988 on private international law, making certain suggestions which could improve and clarify the rules proposed.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	93
Chapitre I	L A R E P R E S E N T A T I O N
	VOLONTAIRE
Section 1	Distinctions entre la représentation légale, la représentation judiciaire et la représentation volontaire
Section 2	Qualification des cas de représentation volontaire
Chapitre II	L O I (S) A P P L I C A B L E (S) A L A
	R E P R E S E N T A T I O N V O L O N T A I R E E N
	D R O I T I N T E R N A T I O N A L P R I V E
	Q U E B E C O I S (selon le droit en vigueur, De Lege Lata)
Section 1	La représentation internationale: critères
Section 2	Le principe de la séparation ou les rattachements différents pour les relations internes et externes
Section 3	Loi applicable à la relation interne (représenté-représentant)
	Sous-section 1 Désignation expresse
	Sous-section 2 Absence de désignation
	Sous-section 3 Pertinence d'une procuration
	Sous-section 4 Application des lois impératives du for
	Sous-section 5 Champ d'application de la loi régissant la relation interne (représenté-représentant)
Section 4	Loi applicable à la relation externe (représenté-tiers; et représentant-tiers) ...
	Sous-section 1 Exposé du problème
	Sous-section 2 Les rapports représenté-tiers
	a) solutions du droit positif
	b) La connaissance par le tiers des restrictions de l'autorité du représentant
	c) Désignation de la loi applicable aux rapports entre le représenté et le tiers
	Sous-section 3 Les rapports représentant-tiers ...
	a) Solutions du droit positif

- b) La pertinence de la connaissance par le tiers de l'absence d'autorité du représentant 109
- c) Désignation de la loi applicable 109
- d) Les règles impératives dans les rapports externes 109

	Sous-section 4 Pertinence de la procuration dans le contexte de la loi applicable à la relation externe . .	110
Chapitre III	L O I A P P L I C A B L E A L A R E P R E S E N T A T I O N O R G A N I Q U E E N D R O I T I N T E R N A T I O N A L P R I V E	112
Section 1	Loi régissant le statut personnel de la personne morale	112
Section 2	Loi applicable à la détermination de l'organe représentatif de la personne morale	113
Section 3	Valeur et efficacité de la délégation de pouvoirs par l'organe de représentation et examen de l'instrument de représentation	114
Chapitre IV	D E L E G E F E R E N D A	114
Section 1	Règles affectant généralement la représentation volontaire et organique . . .	115
Section 2	Règles affectant directement la représentation volontaire et organique . .	116
	Sous-section 1 La représentation organique	116
	Sous-section 2 La représentation volontaire	121
A)	Principe de séparation	121
B)	Critique des termes utilisés: mandant- mandataire	121
C)	Loi applicable aux rapports internes (représenté-représentant)	122
D)	Validité formelle des procurations et contrats de représentation volontaire	124
E)	Force probante des actes d'un notaire étranger et des procurations sous seing privé signées à l'étranger	125
F)	Loi applicable aux rapports externes	125
CONCLUSION	128

INTRODUCTION

Un individu arrive au Québec. Il est muni d'une procuration signée à l'étranger et se propose de contracter ici avec quelqu'un qui y réside. Imaginons une autre situation: cet individu, prétendant être le représentant d'une société étrangère et dûment autorisé par elle, veut transiger avec un résident québécois et ce, pour le compte de la société.

La jurisprudence¹ et la doctrine² n'ont accordé que peu d'attention à la détermination de la loi applicable aux pouvoirs de représentation de ces prétendus représentants. Il en découle que le travail du praticien est particulièrement difficile et laborieux³ dans ce domaine. Cette situation a une autre conséquence: elle maintient toutes les parties dans un état d'insécurité juridique quant à la détermination de la loi ou des lois applicables à la représentation volontaire et organique. Plus précisément, il n'y a aucune certitude quant à la loi applicable lors de la détermination des droits du tiers si le représentant agit sans pouvoir ou dépasse ceux qui lui ont été conférés.

Par ailleurs, cette insécurité juridique oblige le praticien à multiplier les précautions et à faire une application cumulative de toutes les lois potentiellement applicables, ce qui conduit inévitablement à freiner le développement du commerce international.

En d'autres mots, faute de savoir quelle loi s'applique, le praticien doit s'assurer que l'acte en question est autorisé d'après la loi du lieu ou le représentant doit agir, d'après la loi régissant le contrat

-
1. Lord v. Boivin (1926) 2 D.L.R. 417 (S.C.C.) Industrial Fuel and Refrigeration Co. Ltd. v. Pennboro Coal Co. (1957) R.C.S. 160, Zakibe et al. v. Graf et al. (1926) 40 B.R. 47. Mathys v. Ehrenbach et al. (1908) 33 C.S. 19, Brock et al. v. Gourley (1891) 7 M.L.R. 153 (Q.B.), Chadenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co., (1891) 1 Q.B. 79 (C.A.), Rothschild & Co. v. Duffield, (1950) R.C.S. 495.
 2. Sauf pour le texte de Me Ethel GROFFIER, «L'intermédiaire du commerce international au Canada» (1985) 19 R.J.T. 127, voir aussi Jean-Gabriel CASTEL, Droit international privé québécois, Toronto, Butterworths, 1980, p. 531 et al. Marc L. PAQUET, «Grandeurs et misères de la représentation parfaite en droit commercial international» (1984) 44 R. du B. 71 et al., Ethel GROFFIER, Précis de droit international privé québécois, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1984, 140 à 141.
 3. Jeffrey A. TALPIS, «Aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec», (1976) C.P. du N. 215, 219 à 234, Walter S. JOHNSON, Conflict of Laws, 2è ed., Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, p. 650 à 659, J. TASCHEREAU, «La représentation des sociétés commerciales et la preuve des pouvoirs de représentation en droit international privé», (1969-70) 72 R. du N. 555 à 566 et 615 à 628, aux pages 616 à 627.

principal à être conclu entre le tiers et le représenté et, compte tenu de ce que la procuration et d'autres éléments pouvaient révéler, d'après la loi régissant la relation interne (entre le représenté et représentant).

L'objectif du présent texte est donc, dans une première partie, de tout simplement exposer la situation juridique selon le droit actuel. Subséquemment, nous examinerons la représentation volontaire et organique dans l'optique du nouveau Code civil afin de savoir si ladite situation est améliorée. Et enfin, nous offrirons quelques suggestions pour l'amélioration des règles applicables en cette matière.

Chapitre I

LA REPRESENTATION VOLONTAIRE

Section 1 Distinctions entre la représentation légale, la représentation judiciaire et la représentation volontaire

Les relations qui se forment lorsqu'une personne, le représentant, agit ou prétend agir pour le compte d'une autre personne, le représenté, dans une relation avec un tiers sont généralement régies par le droit de la représentation.

C'est soit par la loi, ou par une décision, judiciaire ou administrative, ou par la volonté (expresse ou présumée) d'une personne que le représentant obtient son pouvoir d'agir pour le compte d'une autre personne.

Le critère sur lequel repose la distinction entre ces modes de représentation est la source de pouvoir qui les fondent.

Dans la représentation légale, le représentant reçoit ses pouvoirs de la loi. Ladite représentation légale peut s'entendre au sens large, et au sens restreint⁴.

Au sens restreint, cela signifie que le législateur confie à une personne physique déterminée, le pouvoir d'en représenter une autre. Ce phénomène est extrêmement rare et certains ordres juridiques, notamment la common law, le réprouvent totalement. Dans notre loi, on retrouve quelques exemples de représentation légale; pensons seulement au mandat tacite existant entre époux, conformément à l'article 447 C.c.Q. (quoique certains pourraient voir dans cette règle

4. La représentation organique est au départ légale mais peut aussi soulever un cas de représentation volontaire, voir infra.

un cas de représentation volontaire, par la volonté présumée des époux).

Au sens large, la représentation légale comprendrait aussi la représentation judiciaire. En effet, il est exceptionnel même dans les pays continentaux que le représentant soit désigné d'office par la loi; le plus souvent, une représentation est établie par une autorité judiciaire ou administrative. En droit québécois, la tutelle dative en constitue le meilleur exemple.

Dans la représentation volontaire, le représentant reçoit ses pouvoirs du représenté lui-même, expressément ou tacitement. Contrairement, à la représentation légale, la représentation volontaire dépend, pour sa formation, de la volonté d'une personne d'être représentée par une autre personne dans ses rapports avec une troisième personne. En droit québécois, cet acte est couramment appelé le mandat conventionnel.

Section 2 Qualification des cas de représentation volontaire

Si on retient que le critère essentiel de la représentation volontaire est la présence d'une initiative expresse ou présumée de la part du représenté d'être représenté par une autre personne, la représentation volontaire doit comprendre toutes les sortes de mandats connus en droit québécois, ainsi que plusieurs sortes de représentations volontaires inconnues de notre droit mais que l'on se doit de reconnaître selon les règles de droit international privé. Il est en effet normal, pour les fins du droit international privé, que la catégorie contienne plus que le «mandat» du droit interne québécois.

Dans cette optique, il est justifié d'inclure dans la représentation volontaire la représentation directe ou parfaite⁵: c'est le cas classique du mandat où le représentant agit au nom du représenté (article 1715 C.c.B.-C.⁶ de notre droit), où le mandataire agit ouvertement en tant que tel et engage, de fait, la responsabilité du mandant.

Il y a aussi, dans notre droit interne, la représentation indirecte ou imparfaite où le mandataire agit en son nom propre mais pour le compte du mandant. Ce mandataire est, à l'égard du tiers, partie à l'acte mais demeure un représentant à l'égard du mandant. Le cas le plus

5. Voir M.L. PAQUET, loc. cit., supra, note 2.

6. 1715. C.c.B.-C. «Le mandataire agissant au nom du mandant et dans les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte...»

répandu de la représentation indirecte est celui du commissionnaire qui achète ou vend des marchandises pour le compte du représenté en son nom propre. L'existence de ce type de représentation est reconnue à l'article 1736 C.c.B.-C.⁷.

Un cas qui se rapproche de cette représentation indirecte est celui du mandat «clandestin», dissimulé ou occulte, c'est-à-dire, inconnu du tiers avec lequel traite le mandataire. Ce mandat où le mandataire agit en son propre nom, qui est implicitement reconnu en notre droit interne par l'article 1716 C.c.B.-C. est aussi appelé le contrat de prête-nom.

Notre loi soumet enfin le courtier au droit commun du mandat, ce qui en fait étant par conséquent un autre cas de représentation volontaire (article 1736 C.c.B.-C.)⁸. Ce courtier est la personne que le représenté autorise à agir comme intermédiaire pour le mettre en contact avec un tiers afin de lui permettre de conclure directement une opération avec ce tiers. En fait, il y a plusieurs catégories de courtiers et généralement ce sont tous des cas de représentation volontaire même si leurs activités sont régies par des lois spéciales (ex.: courtiers d'assurances, en immeubles, en valeurs mobilières)⁹.

En dernier lieu, il y a le cas du faux agent ou «falsus procurator», personne désignée comme représentant mais qui a outrepassé ses pouvoirs ou a agi sans pouvoir ou qui prétend agir comme représentant sans aucune autorisation préalable. Si on peut considérer que les actes de cette personne sont fondés sur une apparence de pouvoir de représentation, il est convenable de classer les droits et obligations ainsi créés entre le tiers et le représenté, pour les

-
7. 1736. C.c.B.-C., «Un facteur ou marchand à commission, est un agent employé à acheter ou à vendre des marchandises pour un autre, soit en son propre nom ou au nom du principal, de qui il reçoit une rétribution communément appelée commission».
 8. 1716. C.c.B.-C. «Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces derniers contre le mandant».
 9. Voir art. 1735 C.c.B.-C. «Le courtier est celui qui exerce le commerce ou la profession de négocier entre les parties les achats et ventes ou autres opérations licites. Il peut être le mandataire des deux parties et par ses actes les obliger toutes deux relativement à l'affaire pour laquelle elles l'emploient». Les principales catégories de courtiers qui sont régies par des lois spéciales sont les courtiers d'assurances, (Loi sur les courtiers d'assurances, L.R.Q., c. C-74), les courtiers en immeubles, (Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q. c. C-73), les courtiers en valeurs mobilières (Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., c. V-1.1.). Il demeurent cependant sujet aux règles communes sur le mandat. Voir Claude FABIEN, «Les règles du mandat» dans Répertoire en droit-mandat, Doctrine, Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986, p. 1, à la p. 97.

fins du droit international privé, de la même manière que les autres cas plus évidents et classiques de représentation volontaire, même si la source de l'obligation est la loi.

Enfin, le critère ci-haut décrit pour fonder la classification en droit international privé est établi sans égard au fait que la représentation soit bénévole ou rémunérée, que le représentant soit professionnel ou non et que l'acte envisagé soit civil ou commercial. De plus, le fait que certains types de représentation soient soumis à des règles d'exception mineures ou à une législation particulière ne doit pas nous empêcher de les considérer comme des cas de représentation volontaire¹⁰ si la volonté expresse ou présumée d'une personne d'être représentée par une autre apparaît dans les faits.

Cependant, même si juridiquement et économiquement la relation entre le fabricant et le distributeur exclusif présente certains aspects semblables à ceux qui peuvent exister dans les relations internes entre le représentant et le représenté, les intermédiaires tels les concessionnaires, les distributeurs exclusifs et les franchisés devraient être exclus de la catégorie «représentation volontaire». Ces intermédiaires qui achètent directement d'un producteur et revendent à des tiers ne font pas partie de la catégorie «représentation volontaire» parce qu'ils agissent pour leur propre compte et assument la totalité des risques qui découlent des contrats qu'ils concluent¹¹. Il dépasse l'objet de ce document de faire une analyse critique pour voir en détail si les activités de nombreux agents commerciaux ou employés du représenté doivent être régies par des règles de droit international privé concernant la représentation volontaire et si ces activités doivent être régies par des règles particulières de conflits (ex.: contrat de travail).

Finalement, du point de vue des règles de droit international privé, les mêmes règles s'appliqueront à tous les types de représentation volontaire.

10. Voir René QUENAUDON, Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire, (1984), R.C.D. I.P., pp. 23 et seq. notamment 416-418. F. RIGAUX, Le statut de la représentation. Etude de droit international privé comparé, Leyde, 1962, pp. 3 à 21. SCHMITTOFF, «Agency in International Trade», (1970) I Rec. Cours de La Haye, p. 106, à la p. 120.

11. Voir N. L'HEUREUX, «La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce», (1977) 18 Cahier de droit 397, p. 404 à 414. C. FABIEN, loc. cit., p. 100, Actes et documents de la treizième session, de la conférence de La Haye de droit international privé, La Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation conclue le 14 mars 1978, Rapport Karsten, p. 381.

Mentionnons aussi que, généralement, l'utilisation dans ce texte des termes «représenté et représentant» au lieu de «mandant et mandataire», (seuls termes utilisés dans notre droit), respecte notre opinion à l'effet que la catégorie doit être plus large que celle appelée «mandat» et que la désignation représentation volontaire ou conventionnelle est très satisfaisante à cet égard.

Chapitre II LOI(S) APPLICABLE(S) A LA REPRESENTATION VOLONTAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS (selon le droit en vigueur, De Lege Lata)

Section 1 La représentation internationale: critères

Le choix de la loi applicable en matière de représentation volontaire constitue un problème dans les cas suivants:

- 1) lorsque les faits essentiels surviennent dans plus d'une juridiction ou dans une juridiction autre que celle du for;
- 2) lorsqu'une question de représentation volontaire est soulevée;
- 3) lorsque les règles substantielles des juridictions touchées sont en conflit en offrant des solutions différentes au litige, ou lorsque l'application des règles impératives du for ou d'un Etat étranger s'imposent.

Par exemple, un représenté domicilié en France nomme quelqu'un domicilié en Allemagne pour le représenter dans un contrat de vente à être conclu au Québec avec un tiers qui y réside; quelle(s) loi(s) déterminera(ont) les rapports entre: le représenté et le représentant? le représenté et le tiers? le représentant et le tiers?

Section 2 Le principe de la séparation ou les rattachements différents pour les relations internes et externes

Le rapport typique tripartite de la représentation volontaire implique une relation interne, celle qui existe entre le représenté et le représentant, et une relation externe, celle qui existe entre le représenté et le tiers et celle entre le représentant et le tiers.

En l'absence d'éléments étrangers, i.e. d'un problème de droit international privé, une seule loi s'applique, celle du for, que la représentation soit envisagée comme un simple effet du contrat entre le représenté et le représentant ou complètement dissocié de celui-ci.

Si on ajoute des éléments pertinents d'extranéité, il pourrait se poser un problème de détermination de la loi applicable que le Droit International Privé s'efforce de résoudre.

Deux grandes idées ont guidé les différents Etats dans leur choix des règles de droit international privé régissant la représentation volontaire. Il nous semble opportun à ce moment-ci d'en donner un bref aperçu.

Il y a d'abord la théorie de la séparation appelée aussi théorie de Laband¹². Elle se résume brièvement comme suit: le pouvoir de représentation doit être distingué du contrat sous-jacent. Donc lorsqu'il y a mandat ce dernier vise uniquement les relations contractuelles entre le représenté et le représentant (côté interne de la relation), et se limite aux devoirs et prérogatives du représentant. Ce mandat n'a rien à voir avec le pouvoir de représentation du représentant (côté externe de la relation).

Dans les pays reconnaissant la théorie séparatiste, on considère que le contrat de représentation confère non seulement une autorisation interne (ou des pouvoirs internes de représentation qui définissent les actes que l'intermédiaire peut faire en vertu de l'autorisation), mais aussi des pouvoirs externes de représentation qui peuvent dans certains cas être plus étendus que l'autorisation interne donnée au représentant, et qui lui donnent le pouvoir d'engager le représenté, même s'il ne s'est pas conformé aux instructions de celui-ci.

Plusieurs pays ont adopté cette théorie, comme la Suisse, l'Allemagne, la Turquie, la Grèce, la Suède, le Danemark, la Norvège, la Finlande, le Japon, la Thaïlande, l'U.R.S.S., la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Hongrie et l'Italie. Il n'en est pas surprenant, dès lors, de constater que ces pays adoptent des rattachements séparés aux rapports internes et externes soumettant chacun d'entre eux à des règles de conflits différentes.

D'autre part, il y a théorie de l'Agency ou de l'identité.

12. Laband «Die Stellvertretung beiden Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch» (1866) discutée dans l'article de Peter HAY et W. MULLER-FREIENFELS, «Agency in the conflict of law and the 1978 Hague convention», (1979) 27 A.J.C.L. 4 aux pp. 4 à 6 et dans W. MULLER-FREIENFELS, «Legal Relations in the Law of Agency» (1964) 13 A.J.C.L. p. 197 à 200., SCHMITTHOFF, loc. cit., supra, note 10, M. L. PAQUET, loc. cit., supra, note 2.

D'après cette théorie, contrairement à la théorie de la séparation, le pouvoir de représentation n'est pas considéré comme un élément autonome mais plutôt comme une conséquence du rapport juridique entre le représentant et le représenté (effet du mandat).

Plusieurs Etats, dont les pays anglo-saxons reconnaissent parfaitement cette théorie.

D'autres ont une vision juridique parallèle à ce principe. Ces juridictions sont la France et les systèmes qui ont pris le Code civil français pour modèle. Il s'agit de l'Espagne, du Portugal, du Brésil, du Québec, du Chili, de la Louisiane, de la Belgique, de l'Argentine et des Pays-Bas. Ceux-ci considèrent les pouvoirs du représentant comme l'effet externe d'un mandat, un sous-produit des relations entre le représenté et le représentant.

Par conséquent, pour l'ensemble de ces pays, l'application du principe de la séparation au plan international apparaît plus difficile à justifier. Par contre, tous ces systèmes juridiques dans leur droit interne, admettent que dans certains cas, le tiers doit être protégé contre le risque de découvrir que l'acte du représentant ne liait pas le représenté en raison des limites internes que le représenté avait imposées aux pouvoirs du représentant d'agir à son compte. En pareil cas, les pouvoirs du représentant de lier le représenté sont plus étendus que son autorisation interne. Alors, ces systèmes prévoient des règles pour la protection des tiers et la sécurité des transactions. Par contre, les moyens d'arriver au résultat recherché varient d'un système à un autre.

Dans le Code civil français et la plupart des systèmes qui ont pris celui-ci pour modèle, le résultat recherché a, le plus souvent, été obtenu grâce à la théorie de l'apparence selon laquelle le représenté est lié envers un tiers qui a de bonnes raisons de croire que l'acte du représentant avait été autorisé par le représenté.

Dans le même sens, le droit québécois prévoit que le mandat puisse être lié, à certaines conditions, envers un tiers par le pouvoir apparent d'un mandataire qui a agi sans qualité de représentant comme s'il en avait vraiment eu le pouvoir. Ce principe consacré à l'article 1730 C.c.B.-C. est aussi confirmé aux articles 1728, 1869, 1743 et 1748 du même Code.

C'est donc cette protection des tiers et de la sécurité des transactions, notamment par le mandat apparent, qui justifient le

principe de la séparation des rattachements sur le plan international en droit québécois.

Section 3 Loi applicable à la relation interne (représenté-représentant)

Sous-section 1 Désignation expresse

Le contrat liant le représenté et le représentant suit la règle de l'autonomie de la volonté établie à l'article 8 C.c.B.-C. Le droit québécois donne la priorité à l'autonomie de la volonté des parties pour décider quelle loi sera applicable à leur contrat.

Les parties en cause peuvent donc choisir la loi applicable à leur contrat dans la mesure où il existe un élément d'extranéité. Les tribunaux ont toujours accepté d'appliquer la loi des parties même s'il n'y a aucun lien avec le pays choisi. Cependant, les praticiens québécois prennent en considération les théories des Etats voisins lorsqu'ils conseillent leurs clients et par prudence voient à ce qu'il y ait un certain lien entre les faits et la loi du pays choisi.

Sous-section 2 Absence de désignation

En l'absence d'une désignation expresse par les parties, nos tribunaux recherchent la volonté présumée des parties, tirée du contrat ainsi que des circonstances qui l'entourent, avec une présomption que la loi voulue est la loi du lieu où le contrat a été conclu (article 8 C.c.B.-C.).

La difficulté de déterminer la loi applicable au contrat de mandat, en l'absence d'un choix exprès, est très réelle. Parfois, les contrats sont conclus par correspondance, selon différents moyens de communication, et parfois, la présence d'une procuration unilatérale signée dans un pays pour être utilisée ailleurs créent une grande incertitude quant à la volonté présumée des parties. La jurisprudence est à toute fin pratique inexistante en la matière, et dans les quelques arrêts où la question s'est posée, la loi québécoise a été appliquée en vertu de la présomption d'identité¹³.

13. Ethel GROFFIER, loc. cit., supra, note 2, p. 130 et supra, note 1: arrêts cités.

Sous-section 3 Pertinence d'une procuration

Très souvent, dans le commerce international en général, et même pour une seule transaction internationale à accomplir, les parties ont recours à la procuration et non à la convention de représentation. Généralement, elle se limite à la nomination du représentant et à la détermination de ses pouvoirs de représentation. C'est l'acceptation expresse ou implicite de cette offre de représentation (la procuration) qui forme le contrat de représentation et qui, en théorie, aide à déterminer la loi applicable.

La procuration ne doit en aucun cas être confondue avec le contrat de représentation (mandat). La procuration est soit «l'instrumentum» qui fait preuve de l'existence d'un contrat de mandat, soit l'écrit qui fait preuve d'une offre de mandat.

Dans ce dernier cas, là où il n'y a jamais eu de contrat entre les parties, la procuration n'est qu'une offre de mandat. Dans ce cas, avant l'acceptation par le représentant, il existe quand même un acte unilatéral s'apparentant à un avant-contrat, ayant une existence juridique incontestable. De cet acte découle des droits et obligations de la part du futur représenté. Bien entendu cet acte n'engendre d'effets juridiques liés à la représentation que pour autant que le représentant accepte d'avoir à intervenir.

Par exemple, A est domicilié à Paris. Il est propriétaire d'un immeuble situé au Québec. Il désire vendre cette propriété. Il prépare alors une procuration et la signe. Il convoque B, domicilié au Québec et lui propose d'être son représentant. B n'accepte pas immédiatement car il désire prendre le temps de penser aux conséquences d'un consentement de sa part; si consentement de sa part il y a, celui-ci sera expédié par télex.

Dans l'intérim, la loi du domicile de A régirait sa capacité de faire cet acte unilatéral et les articles 7 et 1220(5) C.c.B.-C. régiraient la forme de celui-ci. En ce qui concerne la possibilité pour A de révoquer le désir exprimé dans l'acte avant l'acceptation de B, il me semble qu'elle relève de la loi régissant le fond de cet acte juridique (8 C.c.B.-C.).

Dès que le représentant accepte expressément ou tacitement l'offre du mandant il y a un contrat formé. Nous croyons qu'à partir de ce moment, la procuration devient un document pertinent qui aide à la détermination de la loi applicable à la relation interne.

Afin d'éviter tout doute quant à loi applicable pour régir les effets de la procuration (avant acceptation) et les rapports internes après acceptation, le représenté peut désigner dans sa procuration la loi applicable à chacun de ces actes et ce, ceux-ci, conformément à l'article 8 C.c.B.-C.

Sous-section 4 Application des lois impératives du for

Ladite loi désignée ou présumée adoptée s'appliquera à la relation interne sous réserve et sous les conditions et restrictions établies dans certaines lois québécoises nécessairement applicables. Ainsi, les activités professionnelles d'un certain nombre d'intermédiaires tels les notaires, les avocats, les courtiers, d'assurances, d'immeubles, de valeurs mobilières, etc... sont réglementées par des lois exigeant qu'ils soient titulaires d'un permis et se conforment à certaines règles strictes¹⁴. Ce sont évidemment des mesures de protection du public. Des problèmes complexes du champ d'application des dites lois pourraient se présenter. Pensons par exemple à l'applicabilité de la loi sur le courtage immobilier, à l'égard d'un courtier résidant au Québec lors d'une sollicitation d'acquéreurs américains relativement à des investissements à l'étranger.

Sous-section 5 Champ d'application de la loi régissant la relation interne (représenté-représentant)

La loi régissant la relation interne (représenté-représentant) régira, sous réserve des lois d'application nécessaires du for, les obligations des parties, les conditions d'exécution et les sanctions en cas d'inexécution de la représentation volontaire notamment: l'existence, l'étendue, la modification et la cessation des pouvoirs du représentant ainsi que les conséquences de leur dépassement ou de leur emploi abusif; la faculté pour le représentant de déléguer ses pouvoirs en tout ou en partie; la validité et les effets d'une clause de non concurrence; la licéité de l'objet du contrat; l'obligation pour le

14. Supra, note 9. Voir aussi des arrêts rendus dans les provinces de common law, cités par GROFFIER, loc. cit., supra, note 2, p. 133 à 134; notes 31 à 38. Voir aussi, par analogie, R. c. Thomas Equipment Ltd., (1979) 2 R.C.S. 529, Patrick GLENN, «Conflict of laws - Eviction of Proper Law of Contract by Legislation creating Provincial Offence - Extra-territorial Effect of Provincial Legislation - Where is an omission?», (1981) 59 R.B.C. 840 et J. TALPIS, «Legal rules which determine their own sphere of application: an proposal for their recognition in Quebec Private International Law», (1982-83) 17 R.J.T. 201.

représentant d'agir avec habileté, diligence, prudence et fidélité; l'admissibilité de la double représentation; la validité et les effets des clauses d'exclusivité et d'irrévocabilité; l'obligation du représenté d'indemniser, rémunérer et rembourser le représentant; la validité et les effets de la convention «del Credere» et le droit à «l'indemnité de clientèle».

Par contre, les règles relatives à la validité formelle du contrat de mandat ou de la procuration échappent à la loi régissant la relation interne.

Section 4 Loi applicable à la relation externe (représenté-tiers; et représentant-tiers)

Sous-section 1 Exposé du problème

Comme le dit le professeur Fabien, auteur d'un important ouvrage sur le mandat en droit québécois, «l'apparition du tiers dans le réseau des obligations constitue l'événement dominant de la vie du mandat»¹⁵. Cette intervention du représentant auprès des tiers est l'essence même de sa mission; si le représentant accomplit l'acte conformément à ses pouvoirs de représentation, il n'encourt aucune responsabilité envers le tiers dont le seul lien juridique sera avec le représenté. Le problème se présente quand le représentant agit sans pouvoir ou qu'il dépasse ses pouvoirs. La plupart des systèmes juridiques prévoient que dans certaines circonstances, et sous certaines conditions, le représenté sera lié avec le tiers malgré le fait que le représentant a outrepassé ses pouvoirs ou n'avait pas le pouvoir d'agir.

La présence d'éléments étrangers dans cet aspect du problème pose en premier lieu la question de la détermination de la loi qui doit régir les rapports entre le représenté et le tiers. Plusieurs situations peuvent se produire: le représentant a agi dans les limites de ses pouvoirs, ou sans pouvoir, ou a dépassé ses pouvoirs, le tout avec ou sans la connaissance du tiers de l'absence d'autorité d'agir du représentant. Plus particulièrement, quelle loi déterminera si le représenté est lié au tiers? La loi du lieu où le représentant a agi? La loi de la résidence ou domicile du représentant ou celle du représenté ou du tiers? La loi régissant la relation interne ou celle régissant le contrat principal?

15. Voir, C. FABIEN, op. cit., supra, note 9, p. 203.

La situation ainsi présentée pose aussi, en deuxième lieu, le problème de la détermination de la loi applicable aux rapports entre le tiers et le représentant.

Ces deux problèmes, appelés les rapports externes, sont au coeur de la question de la représentation volontaire.

Sous-section 2 Les rapports représenté-tiers

a) solutions du droit positif

Il n'y a aucun arrêt que l'on pourrait citer comme autorité en cette matière¹⁶ et il n'y a pas non plus d'accord parmi les auteurs.

Pour M. Johnson qui envisageait le cas d'un intermédiaire nommé par un représenté à l'étranger pour agir au Québec, la loi québécoise détermine les conséquences de tout excès de pouvoir vis-à-vis du tiers, à moins que ce dernier n'ait eu connaissance des limites imposées aux pouvoirs du représentant¹⁷.

Selon le professeur Jean-G. Castel, on devrait se référer à la loi du lieu où le mandataire a agi en cas d'excès de pouvoir lorsqu'il n'existe aucun pouvoir en vertu du mandat, ceci afin de protéger les tiers¹⁸.

Maître Jacques Taschereau¹⁹ et le professeur Ethel Groffier²⁰ suggèrent que les auteurs supportent le rattachement à la loi du lieu où le mandataire a agi pour régir cette relation externe. D'après Me J. Taschereau:

«Les auteurs confirment que le mandataire étant censé agir sur le territoire du Québec, c'est la loi du Québec qui doit être présumée s'appliquer et les tiers peuvent prendre cette présomption pour acquise»²¹.

16. Voir GROFFIER, loc. cit., supra, note 2, p. 130 et 136.

17. Op. cit., supra, note 2, p. 650.

18. Op. cit., supra, note 2, p. 531.

19. Op. cit., supra, note 2, p. 626.

20. GROFFIER, Loc. cit., supra, note 2, p. 136 à 137.

21. Loc. cit., note 2, p. 626.

Pour Madame Groffier:

«Le besoin de protection du tiers amène la plupart des auteurs à appliquer aux effets du pouvoir de représentation la loi du pays où le représentant a agi»²².

Le soussigné, dans un article intitulé «Aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec», prétendait que les pouvoirs de représentation vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire, la relation externe, devait être régie par la loi régissant le contrat principal à être conclu par le tiers et le mandant²³. Cette dernière théorie, acceptée par une partie de la doctrine française, et admise en Angleterre, se justifie par le but du mandat qui est de former le contrat, liant le représenté et le tiers. Cette solution, qui présente l'avantage d'éviter les difficultés de qualification, favorise le tiers qui participe à la détermination de la loi applicable.

Evidemment, le grand danger avec ce dernier rattachement est que le représentant pourrait, de connivence avec le tiers, désigner la loi applicable au contrat au détriment des intérêts et attentes du représenté.

En conséquence de ce qui précède, il n'est pas possible de déterminer avec certitude le rattachement en droit positif québécois. Le prétendu rattachement au lieu où le mandataire a agi, même s'il est logique et fonctionnel dans la plupart des cas, est néanmoins inflexible et peut être fortuit quand il n'y a pas d'autres facteurs de rattachement dans le même Etat.

Quant au champ d'application de la loi régissant les rapports externes il s'ensuit que cette catégorie comprendrait notamment les effets à l'égard des tiers des actes accomplis par le représentant sans pouvoirs, ou en excès de ses pouvoirs accordés par son contrat (rapport interne).

Toutefois, il faudrait aussi rattacher à cette catégorie (rapport externe) les cas de cessation de pouvoirs, par exemple en raison du décès du représenté ou de son incapacité de contracter. Par conséquent, un contrat de mandat couvrant même l'éventualité de l'incapacité du mandat valide selon la loi de son domicile lors de la conclusion du

22. Loc. cit., note 2, p. 136.

23. Loc. cit., note 2, p. 231 à 233.

contrat ou par la loi régissant les rapports internes, peut être sans effet à l'égard d'un tiers, si la loi régissant les rapports externes considère qu'il y a cessation de l'autorité du mandataire, au cas de l'incapacité du mandant. Bien que cette solution pose certains problèmes pour le mandant qui voudrait faire régir l'administration de ses biens et de sa personne au cas de son incapacité²⁴, ses intérêts restent quand même protégés; il subsistera toujours la représentation légale.

- b) La connaissance par le tiers des restrictions de l'autorité du représentant

En droit québécois, seul Johnson fait allusion à ce problème où il fait exception de l'application de la loi du lieu où le mandataire a agi, et semble suggérer le rattachement à la loi régissant la relation interne.

«As in our hypothesis, the agent is to carry out his mandate here, the proper conflict principle to apply is that our law, most closely concerned in the execution of the mandate, must have been contemplated as alone operative. Questions will arise particularly out of doubts as to the extent of the implied authority of the agent to act. Under the law of a foreign country where the agent (who is to act here) was appointed, his authority may be more strictly limited than, for example, our article 1704 provides. But, if acting here, he does certain things implied by our law as within his authority, or incidental to that authority and necessary for the execution of this mandate, our law would govern except possibly where the third party dealing with him here had unequivocal

24. Laquelle est permisible suivant «La loi sur le caractère public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives» (Projet de loi 145) (articles 1701.1, 1731.1, 1755 C.c.B.-C.).

knowledge of the actual limitation of his authority under his appointment»²⁵.

Cependant, il serait loisible de retenir dans tous les cas l'application de la loi régissant les rapports externes. Cette solution impliquerait que la connaissance du tiers des limites des pouvoirs du mandataire serait considérée comme un des éléments qui entrerait dans la situation de fait régie par la loi applicable à la relation externe.

En conséquence, il n'y a pas de réponse claire dans notre droit malgré l'importance de la question.

c) Désignation de la loi applicable aux rapports entre le représenté et le tiers

La possibilité de désigner la loi régissant le régime externe entre représenté et tiers, n'a jamais été discutée par les auteurs. De lege lata, nous ne voyons pas d'empêchement pour les parties d'avoir recours à cette option, malgré le fait que la représentation volontaire implique trois parties. Dans cette optique, le représenté pourrait lui-même désigner la loi dans une procuration et rendre la représentation conditionnelle à l'accord de toutes les parties sur ce point. Le choix pourrait aussi être fait par le représentant avec le tiers à moins que le représenté ne lui ait retiré ce droit.

Sous-section 3 Les rapports représentant-tiers

a) Solutions du droit positif

La question de la loi applicable pour déterminer la responsabilité du représentant à l'égard du tiers, dans le cas où le représentant a outrepassé ses pouvoirs ou a agi sans pouvoir, n'a jamais été discutée par les auteurs, sauf par Mme Groffier²⁶ qui traite d'un exemple particulier de cette relation externe.

A notre avis, la même loi devrait s'appliquer aux deux aspects de la relation externe. En effet, dans plusieurs systèmes, les règles de fond applicables aux deux relations externes se complètent pour former un système unifié qui régit les deux relations. La séparation de ces deux aspects par des rattachements différents pourrait avoir comme conséquence que le tiers n'aurait de recours ni contre le représenté, ni contre le représentant. Il est donc plus logique de soumettre les deux

25. W.S. JOHNSON, op. cit., supra, note 3, p. 650. Texte en italiques par nous.

26. Loc. cit., supra, note 2, p. 137.

relations à la même loi. De même, quand le litige porte sur la question de savoir si en vertu d'une loi déterminée le représentant est lié conjointement et/ou solidairement avec le représenté, il serait tout à fait mal venu que cette question soit soumise à une loi différente de celle qui décide si le représentant a lié le représenté envers le tiers.

b) La pertinence de la connaissance par le tiers de l'absence d'autorité du représentant

La connaissance par le tiers de l'absence d'autorité du représentant serait, soit un élément à considérer dans l'application de ladite loi régissant les rapports externes, soit un facteur qui impliquerait un rattachement des droits du tiers à la loi régissant les rapports internes entre le représentant et le représenté.

c) Désignation de la loi applicable

De plus, il semble qu'il n'y ait pas de difficulté, au moins sur le plan théorique, à soumettre la relation tiers représentant à la loi désignée par ces personnes quoique, en pratique, cette solution impliquerait que le représentant intervienne personnellement au contrat entre le représenté et le tiers, ou dans un contrat à part avec le tiers pour ainsi désigner expressément la loi applicable à la relation.

d) Les règles impératives dans les rapports externes

Enfin, l'application de l'article 1738 C.c.B.-C. qui tient le «facteur» personnellement responsable envers le tiers avec qui il contracte quand son mandant a son domicile principal dans un autre pays, constitue un bel exemple d'une règle matérielle de droit international privé québécois²⁷. L'article ne précise pas son champ d'application, mais il est probable qu'il soit une règle matérielle qui dépend d'un rattachement à la loi du Québec par la méthode classique, plutôt qu'une règle qui soit tout à fait indépendante de la désignation de notre loi. En d'autres mots, il nous semble que l'article 1738 C.c.B.-C. devrait s'appliquer si la relation externe est régie par la loi du Québec suivant les règles ci-haut décrites. Comme Madame Groffier qui a adopté le rattachement à la loi du lieu où le mandataire a agi, le dit:

27. 1738 C.c.B.-C. «Le facteur qui a son principal dans un autre pays est responsable personnellement envers le tiers avec qui il contracte, que le nom du principal soit connu ou ne le soit pas. Le principal n'est pas responsable envers le tiers sur semblables contrats, à moins qu'il ne soit établi que le crédit a été donné également au principal comme facteur, ou au principal seul». Sur la notion générale des règles matérielles de droit international privé, voir J. TALPIS, «Les règles matérielles de droit international privé québécois», (1973) 8 R.J.T. 223.

«Il serait curieux d'appliquer la règle (1738 C.c.B.-C.) au cas où un tiers poursuivrait au Québec un facteur ayant agi à l'étranger, par exemple en France, dont le principal serait dans un autre pays, par exemple en Angleterre»²⁸.

Sous-section 4 Pertinence de la procuration dans le contexte de la loi applicable à la relation externe

Comme nous l'avons indiqué, la procuration a un statut «autonome» avant d'être acceptée par le futur représentant. Dans ce seul cas, portant encore le titre d'avant-contrat, une loi «particulière» viendra régir ses effets.

Cependant, dès que le représentant a accepté expressément ou tacitement la charge proposée par le représenté, la procuration en tant qu'acte, perd de son «impact» puisqu'elle n'est que l'écrit qui constate l'existence du mandat. Les droits et obligations de toutes les parties seront dès lors régis soit par la loi applicable à la relation interne ou externe. Il n'y aura dans ce cas aucune autre loi pour venir régir les effets de la procuration.

Dans ce contexte, les pouvoirs de représentation énoncés dans la procuration seront examinés et interprétés par rapport à la loi applicable à la relation externe, et non par rapport à une tierce loi séparée et existant pour régir les effets de la procuration (que cette loi soit retracée dans la procuration ou non). On retrouve au plus deux lois: celle régissant les rapports internes et celle régissant les rapports externes. Les termes utilisés et les pouvoirs énoncés dans une procuration existante pourraient aider à la détermination de l'un ou l'autre rattachement, sans pour autant en créer un troisième.

Abstraction faite des remarques précédentes, il est évident que la procuration en tant qu'instrument constatant le contrat entre le représenté et le représentant ou en tant qu'offre de contrat entre ces deux mêmes parties, doit être valide quant à la forme.

28. Loc. cit. supra, note 2, p. 138. Insertion de l'article est de nous.

Si la procuration a été faite à l'étranger, conformément à la loi du lieu où elle a été signée et si le praticien est satisfait d'avoir devant lui une preuve suffisante de sa validité suivant ladite loi, il pourra l'accepter conformément à l'article 7 C.c.B.-C. Alternativement, afin d'éviter les problèmes de la preuve d'une loi étrangère, une procuration faite dans la forme québécoise en vertu de la règle facultative de l'article 7 C.c.B.-C. ou celle faite conformément à l'article 1220 alinéa 5 C.c.B.-C. sera acceptable si le représentant doit agir au Québec, ou si le contrat principal est régi par notre loi²⁹.

Evidemment, les difficultés de la traduction d'une procuration dans une langue autre que le français ou l'anglais compliquent le travail du praticien et implique sa responsabilité professionnelle quant à l'interprétation des termes.

Le praticien, ayant déterminé la validité de la procuration quant à sa forme doit, d'après la loi régissant les rapports externes, s'interroger sur l'étendue et la durée des pouvoirs du représentant afin de déterminer si lesdits pouvoirs autorisent l'acte que le tiers se propose d'accomplir avec le représentant.

Comme il n'y a pas d'unanimité sur la loi applicable aux rapports externes en droit international privé québécois, le praticien doit s'assurer que l'acte est autorisé d'après la loi du lieu où le représentant doit agir, d'après la loi régissant le contrat principal, et même, compte tenu de ce que la procuration et d'autres éléments pourraient révéler, d'après la loi régissant la relation interne. Dans l'état actuel du droit québécois, sauf si tous ces rattachements mènent à la même loi, ou que les règles matérielles de chaque pays concerné soient uniformes, ou bien qu'une désignation expresse de la loi applicable soit incorporée dans la procuration (laquelle est acceptée par le tiers), toutes les parties en cause vivent dans l'incertitude quant à leurs droits.

Chapitre III LOI APPLICABLE A LA REPRESENTATION ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

La représentation organique en droit international privé est à la fois une question de représentation légale et une question de représentation volontaire. Elle est, en conséquence, régie par diverses

29. Loc. cit., note 2, p. 232-233.

lois dépendamment de l'aspect du problème envisagé. Au départ, il faudra, établir la loi régissant le statut personnel de la personne morale en droit international privé québécois.

Section 1 Loi régissant le statut personnel de la personne morale

Dans notre droit, la loi qui détermine si une association, un groupement de personnes, une institution ou un organisme quelconque a une existence juridique (c'est-à-dire une personnalité propre et distincte de celle de ses membres), ne peut être que la loi de son statut personnel. En d'autres mots, on doit déterminer l'existence d'une personne morale par analogie avec l'état et la capacité d'une personne physique en se servant de la loi de son domicile conformément à l'article 6, alinéa 4, du Code civil du Bas-Canada et aux articles 57 et 58 Code de procédure civile. Il en résulte, entre autres choses, que les exigences pour avoir la personnalité juridique, ne sont pas nécessairement celles établies en droit québécois. Mais où se trouvera le domicile de la personne morale? Serait-ce au lieu où les formalités de la constitution ou d'incorporation ont été accomplies, comme on l'accepte en droit anglais et en droit anglo-américain, ou serait-ce plutôt au lieu de son siège social, tel qu'accepté par la loi française et celle d'autres pays européens? Nos tribunaux n'ont jamais eu besoin de statuer sur ce point parce que généralement le siège social ne peut être ailleurs qu'au lieu d'incorporation.

Notre droit, suivant ainsi toute la tradition anglo-saxonne, a opté pour localiser le domicile d'une personne morale, le lieu où les formalités de la constitution de la personne morale ont été accomplies. En conséquence, pour la corporation (société par actions), c'est la loi du lieu de sa création, c'est-à-dire le lieu de son incorporation; pour toutes les autres sociétés régies par le Code civil... et, pour les autres groupements, la loi du domicile correspond généralement au siège social où l'institution a été créée. Comme le dit clairement Walter Johnson:

«The proper principle, at once logical and convenient, is that the domicile of (a foreign) company, from the point of view of the forum, is in the country in which it was incorporated and clings to it always. Its status and capacity can

thus be ascertained by reference to its proper law»³⁰.

Section 2 Loi applicable à la détermination de l'organe représentatif de la personne morale

- 1) Les personnes morales doivent nécessairement agir par l'entremise de leurs organes. La loi régissant le statut personnel de la personne morale déterminera quels sont les organes de la personne morale. En conséquence, la détermination de l'organe représentatif de la personne morale est une question de représentation légale définie par la loi applicable à la création de la personne morale, à savoir la loi applicable à son statut personnel.
- 2) Dans la mesure où la loi régissant le statut personnel de la personne morale considère que l'organe représentatif de la personne morale est le conseil d'administration ou l'assemblée de ses membres, comme la Loi sur les compagnies de la province de Québec et non pas une personne physique, alors la représentation faite par l'entremise d'une ou de plusieurs personnes physiques, sera considérée comme étant un cas de représentation volontaire³¹. Donc, les rapports internes seront régis par le statut personnel de la personne morale tandis que les rapports externes seront régis par la loi établie suite au processus suivi au chapitre II, section 4 de ce document.
- 3) Dans la mesure où la loi régissant le statut personnel de la personne morale prévoit que l'organe représentatif de la personne morale est une ou plusieurs personnes physiques³², à savoir les officiers, dirigeants ayant des

30. W.S. JOHNSON, op. cit., supra, note 3.

31. L.R.Q., c. C-38, notamment article 123.83 qui prévoit: «Les administrateurs, officiers et autres représentants de la compagnie sont considérés comme des mandataires de la compagnie».

32. A titre d'exemples de représentation organique où des individus ont le pouvoir de représentation par la loi, citons la loi néerlandaise où le pouvoir de représenter une entité morale est dévolu par la loi au Conseil d'administration dans son entier et à chacun des membres du Conseil d'administration individuellement, ainsi que la loi suisse où le pouvoir de représentation d'une «Aktiengesellschaft» dans des transactions avec des tiers est dévolu aux membres du Conseil

pouvoirs de représentation par la loi même, la représentation n'est pas volontaire, mais légale. En conséquence, si le représentant dépasse son autorité suivant cette loi, il ne devient pas pour autant agent et les conséquences de ses actes sont en principe régies par la loi régissant le statut personnel de la personne morale.

Cependant, en faisant abstraction du fait que l'organe représentatif est une personne physique qui agit au-delà des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi, celui-ci pourrait, tout comme le représentant dans un cas de représentation volontaire, être considéré comme mandataire (représentant) de la personne morale et lier le représenté lorsque la loi régissant la relation externe protège le tiers par voie de mandat apparent, d'estoppel ou autrement.

Section 3 Valeur et efficacité de la délégation de pouvoirs par l'organe de représentation et examen de l'instrument de représentation

Conformément à une loi étrangère, lorsque l'organe décisionnel compétent (le Conseil d'administration ou un individu) nomme un agent ou un mandataire pour représenter la personne morale, cette nomination prend normalement la forme d'un règlement, d'une résolution, d'une procuration ou d'une délégation dont la validité formelle sera régie par l'article 7 C.c.B.-C. et le *locus regit actum*.

Les difficultés quant à la preuve de la teneur du droit étranger du lieu où l'acte est signée, ont amené des praticiens à préférer plutôt les procurations faites conformément à l'alinéa 5 de l'article 1220 C.c.B.-C. et qui établissant une validité *prima facie*.

Chapitre IV DE LEGE FERENDA

Dans la première partie du présent article, nous avons simplement décrit les règles actuelles du droit positif québécois sans appréciation critique. Dans cette deuxième partie, nous examinerons les règles qui affectent la représentation volontaire et organique dans l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Bas-Canada, déposé en juin 1988, et sous examen par l'Assemblée nationale du

d'administration (Verwaltungsrat).

Québec³³. Evidemment, toutes les règles proposées auraient un effet sur le sujet directement ou indirectement, mais il n'est pas question de faire une analyse exhaustive dans ce texte.

Section 1 Règles affectant généralement la représentation volontaire et organique

De façon générale, on retrouve dans l'avant-projet l'énoncé de la méthode conflictuelle classique ainsi que l'obligation d'appliquer les lois d'application nécessaires, y compris la méthode des règles matérielles à but international.

L'Avant-projet ne se contente pas de reconnaître l'existence des lois d'application nécessaires du juge saisi, mais il permet aussi de prendre en considération des lois étrangères du même type, même si elles appartiennent à un système juridique non désigné par les règles de conflit du for, si cette loi présente un lien étroit avec la situation. Cette règle qui se trouve aussi dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mai 1978 permet l'application, par exemple, des dispositions impératives de l'Etat où, soit le représenté ou le représentant à son établissement ou du lieu où l'exécution de l'acte principal aura lieu.

Comme dans la Convention de La Haye, le tribunal québécois n'est pas tenu d'appliquer ces dispositions de l'Avant-projet. Aussi l'article 3442 est-il facultatif. On peut espérer que la rédaction de l'article sera améliorée surtout pour éliminer du second paragraphe l'expression «au regard de la conception québécoise du droit».

3442. «Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception québécoise du droit l'exigent, une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit peut être prise en considération.

33. Laquelle a été faite par le soussigné et le Professeur G. GOLDSTEIN, «Analyse critique de l'Avant-projet du Québec en droit international privé», (1989) 91 R. du N. pp. 293, 456, 607; en ce qui concerne la représentation volontaire et organique, voir les pages 341 à 343 et 475 à 494.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application au regard de la conception québécoise du droit.»

Section 2 Règles affectant directement la représentation volontaire et organique

Sous-section 1 La représentation organique

En ce qui a trait à la représentation organique, le rattachement au lieu de la création de la personne morale est prévue par l'article 3450 A.P.

«La personne morale qui n'est pas constituée suivant les lois du Québec est régie, quant à son état et à sa capacité, par la loi du lieu de sa création, sous réserve, quant à son activité, des lois du Québec.

Les sociétés, compagnies, corporations, groupements et patrimoines organisés sont présumés être des personnes morales pour l'application du présent Livre».

Avant de traiter de la règle particulière touchant la représentation prévue à l'article 3451 A.P., il faudrait aborder brièvement le champ d'application de l'article 347³⁴ C.c.Q. dans le contexte de l'article 3450 A.P. ainsi que l'article 3449 A.P. protégeant la sécurité des transactions au Québec.

Ledit article 347 C.c.Q., (une règle de droit interne) établit une très grande protection pour le tiers de bonne foi qui contracte avec un groupement de personnes sans personnalité juridique, mais qui a agi comme personne morale à l'égard du tiers. Cette disposition protège le tiers qui n'est pas toujours au courant des subtilités de constitution des personnes morales. Elle se lit:

347. «Le tribunal peut, pour statuer sur l'action d'un tiers de bonne foi, décider

34. Projet de loi 20, 1987, ch. 18, adopté le 15 avril 1987.

qu'une personne ou un groupement qui n'a pas le statut de personne morale est tenu au même titre qu'une personne morale s'il a agi comme tel à l'égard des tiers».

Le tribunal québécois pourrait considérer cet article d'application nécessaire en raison de la teneur de l'article 3439 et protégera ainsi le tiers résidant au Québec qui a contracté au Québec avec un groupement de personnes, peu importe le domicile ou la résidence de ce dernier.

En ce qui concerne la capacité de la personne morale créée à l'étranger ou plutôt les problèmes d'incapacité ou de restriction, il faut tenir compte de l'article 3449 de l'Avant-projet qui prévoit:

«La partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'Etat de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon la loi du Québec lorsque l'acte y a été passé, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité».

On peut se demander si l'article 3449 couvre aussi les personnes morales. Il n'est pas certain que la loi du Québec veuille protéger le tiers contre les incapacités des compagnies étrangères. En effet, la protection du droit interne n'est pas complète et le niveau de celle-ci varie selon que la compagnie a été constituée en vertu de la loi fédérale ou provinciale³⁵. Par conséquent, il n'est pas évident qu'une

35. Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985) c. C-44, art. 16, 17 et 18. Loi sur les compagnies, supra, art. 123.30 «Les tiers ne sont pas présumés avoir connaissance du contenu d'un document relatif à la compagnie du seul fait de son enregistrement ou du fait que ce document peut être consulté dans les bureaux de la compagnie» et aussi l'art. 123.31 «Les tiers peuvent présumer que: 1) La compagnie exerce ses pouvoirs conformément à ses statuts, à ses règlements et à la convention unanime des actionnaires ou à la déclaration visée dans l'article 123.91; 2) les documents envoyés à l'inspecteur général et enregistrés en vertu de la présente partie contiennent des renseignements véridiques; 3) les administrateurs ou officiers de la compagnie occupent valablement leurs fonctions et exercent légalement les pouvoirs qui en découlent; 4) les documents de la compagnie provenant d'un de ses administrateurs, officiers ou autres mandataires sont valides». Dans la Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, c. 33 et 1978 S.C. c. 9 annexe, art. 18 prévoit: «La société, ou ses cautions, ne peuvent alléguer contre les personnes qui ont traité avec elle ou sont ses ayants droit que: a) les statuts, règlements et

politique de protection s'impose au plan international, bien que les risques soient plus grands à ce niveau puisque le tiers aura difficilement accès aux informations relatives à la compagnie étrangère, à supposer qu'il ait connu son domicile étranger.

Cependant, en droit interne, la protection des tiers augmente: la doctrine de la «constructive notice» a ainsi été abolie pour certaines compagnies fédérales et son impact est également réduit en droit provincial. Toutefois, si l'on voulait appliquer l'article 3449 non seulement aux individus domiciliés à l'étranger, mais aux compagnies étrangères, on se trouverait cependant devant un problème spécifique: on ne peut pas déterminer la capacité «normale» de la compagnie étrangère en regard de «la loi du Québec» puisqu'il y a dualité du droit (fédérale et provincial) en matière de droit des compagnies et que cette capacité diffère selon le droit applicable à la constitution. La meilleure façon de protéger le tiers de bonne foi serait de laisser au juge le choix d'appliquer le régime (provincial ou fédéral) le plus favorable. On aurait ainsi un article se terminant par: « (...) capable selon la loi la plus favorable applicable au Québec (...)».

L'autre solution, que nous ne favorisons toutefois pas, est de déclarer que l'article 3449 ne peut s'appliquer aux personnes morales: il suffit de remplacer «la partie» par «la personne physique». Cette dernière solution, qui favorisant ainsi la prévisibilité et la sécurité du droit, doit néanmoins céder le pas devant la politique prédominante de la sécurité des transactions. En conséquence, il nous semble qu'il est préférable que ledit article 3449 A.P. s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales.

conventions unanimes des actionnaires n'ont pas été observés; b) les personnes nommées dans le dernier avis envoyé au Directeur conformément à l'article 101 ou 108 ne sont pas ses administrateurs; c) son siège social ne se trouve pas au lieu indiqué dans le dernier avis envoyé au Directeur conformément à l'article 19; d) la personne qu'elle a présentée comme l'un de ses administrateurs, dirigeants ou mandataires n'a pas été régulièrement nommée ou n'a pas l'autorité nécessaire pour occuper les fonctions découlant normalement soit du poste, soit de l'activité commerciale de la société; e) un document émanant régulièrement de l'un de ses administrateurs, dirigeants ou mandataires n'est ni valable ni authentique; ou f) n'ont pas été autorisées l'aide financière visée à l'article 42 que les opérations visées au paragraphe 183.2 sauf si ces personnes, en raison de leur poste au sein de la société ou de leurs relations avec celle-ci, connaissaient ou auraient dû connaître la situation réelle. Voir aussi C. FABIEN, loc. cit., pp. 347 à 348, 352 à 353; Richard GAUDREAU, «Les compagnies et les tiers contractants: étude des doctrines de la «Constructual notice» et de l'indoor management» (1982) 42 R. du B. 485 à 563. La solution de retenir simplement la rédaction actuelle n'impliquera aucune distinction entre les personnes physiques et morales et le juge décidera alors de la protection à accorder au tiers.

Notre loi, comme l'Avant-projet rattache la représentation organique à la loi du statut personnel de la personne morale (article 3450 A.P.).

Par l'article 3451 de l'Avant-projet, le législateur s'attaque concrètement au problème majeur de l'étendue du pouvoir de représentation d'une personne morale. Il se lit comme suit:

«La personne morale qui est partie à un acte juridique ne peut pas invoquer les restrictions au pouvoir de représentation des personnes qui agissent pour elle si ces restrictions n'existaient pas selon la loi du Québec lorsque l'acte y a été passé, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître ces restrictions».

En vertu de cet article, la personne morale ne pourra pas faire valoir les restrictions à son pouvoir de représentation d'un organe prévu par la loi étrangère de son incorporation, lorsque la loi du Québec ne les connaît pas et lorsque l'acte y a été passé, à moins que l'autre partie n'ait connu ou aurait dû connaître ces restrictions³⁶.

Cet article 3451 A.P. pose un problème majeur. Puisque la représentation volontaire (le mandat) est régie dans l'Avant-projet par une disposition de portée plus générale (art. 3483 A.P.), on peut prétendre que l'article 3451 A.P. ne concerne que la protection d'un tiers en cas de représentation légale, soit la représentation morale par une personne physique, agissant comme l'un de ses organes («représentation organique»). Dans cette optique, à la différence de ce qui existe dans les droits européens, il ne semble pas qu'au Québec un individu puisse représenter une personne morale en tant qu'organe de la compagnie autrement que par la représentation volontaire (mandat). Par conséquent, on ne peut comparer les restrictions au pouvoir de représentation «selon la loi du Québec» à celles édictées par la loi étrangère du lieu de création de la personne morale.

«La loi du Québec» - ou plutôt, la double législation applicable au Québec - ne protège donc aucunement le tiers contre les restrictions étrangères.

36. TALPIS et GOLDSTEIN, loc. cit., supra, note 31, à la page 341.

Toujours dans la même optique, une interprétation littérale de l'article 3451 A.P. aurait pour conséquence de permettre aux compagnies étrangères d'invoquer à l'encontre des Québécois toutes les restrictions aux pouvoirs de représentation des personnes qui agissent pour elles, selon la loi étrangère. Il est donc inutile. Si effectivement le législateur avait l'intention de limiter la portée de cette disposition à la représentation légale organique d'une personne morale, il nous paraît plus sage de supprimer l'article 3451: premièrement, en raison de l'absence d'un critère de base pour son application au Québec puisqu'une telle représentation n'y existe pas; deuxièmement, parce que la loi du Québec n'est pas unifiée de toute façon; et troisièmement, parce qu'en l'absence d'une telle disposition, l'article 3450 A.P. suffirait.

En effet, l'application de l'article 3451 A.P. reviendrait à valider des transactions effectuées au Québec, malgré les restrictions de pouvoirs qu'une loi étrangère imposerait à la personne physique-organe de la compagnie étrangère ayant des pouvoirs de représentation par la loi. Or dans la mesure où la situation correspondait à celle décrite dans l'article 3451 A.P. et si le tiers était résident du Québec, il serait tout-à-fait possible que la transaction soit validée par la voie du mandat apparent (article 1730 C.c.B.-C.) applicable en vertu de l'article 3483 de l'Avant-projet. L'organe de la compagnie étrangère serait alors considéré comme son mandataire et elle serait donc liée de toute façon envers le tiers québécois. Dans l'hypothèse où l'article 3483 A.P. ne rendrait pas la loi québécoise applicable et en l'absence de situation d'une protection du tiers autrement par la loi régissant les rapports externes suivant ledit article 3484 A.P., l'article 3450 s'appliquerait seul et, du point de vue des intrêts québécois, aucune protection supplémentaire ne s'impose.

Finalement, et toujours dans cette optique, l'on peut encore ajouter comme argument à l'encontre de l'article 3451 qu'il ne nous semble pas y avoir de raison évidente de protéger d'avantage le tiers québécois dans la situation de représentation légale organique que dans les autres cas de représentation légale³⁷.

Cependant, on pourrait aussi prétendre que ledit article 3451 A.P. s'applique aussi à la représentation volontaire d'une personne morale. Suivant cette interprétation, l'article 3451 serait une

37. Ibid, p. 342 et J. A. TALPIS, «Quelques réflexions sur l'Avant-projet du droit international privé notamment en matière de droit de la famille», (1989) C.P. du N. 29 à 120 p. 114-15.

application particulière de la représentation organique qui s'ajoutent à la règle plus générale de l'article 3483 A.P. Dans cette optique, l'article ne serait pas inutile et pourrait demeurer dans le Code civil. Cette dernière hypothèse présente toutefois des difficultés d'application vu le double régime selon la loi québécoise. Toutefois, si le législateur décidait de la retenir, il devrait néanmoins clarifier la rédaction de l'article 3451.

Sous-section 2 La représentation volontaire

A) Principe de séparation

L'Avant-projet opte clairement pour le principe de la séparation étant donné que l'article 3483 qui traite de l'existence et l'étendue des pouvoirs du mandataire... dans la relation avec un tiers, ainsi que des conditions auxquelles leur responsabilité ou celle du mandant peut être engagé... laissant les rapports internes être régis par les règles générales sur le fond des actes juridiques aux articles 3477 et 3480, le tout conformément au droit positif québécois ainsi qu'à la tendance actuelle dans plusieurs autres pays. Les termes utilisés sont suffisamment large pour faciliter les difficultés de qualification entre les rapports internes et externes, ainsi que les problèmes de l'exercice des pouvoirs du mandataire³⁸.

B) Critique des termes utilisés: mandant-mandataire

On peut regretter cependant, que le législateur utilise les termes mandant-mandataire. Il nous semble que la notion de mandat n'est ni suffisamment internationalisée, ni suffisamment large pour comprendre toutes les sortes de situations où quelqu'un exprime sa volonté expressément ou implicitement d'être représenté par une partie. En effet, on peut se demander si l'expression «représentation volontaire ou conventionnelle» plus large, mais plus internationale serait plus pertinente? Il ne faut pas oublier que le droit international privé n'est pas strictement le reflet des institutions internes, au plan international. L'élargissement de la catégorie de rattachement permettra la qualification des cas de représentation volontaire ou conventionnelle inconnus du droit Québécois.

38. Voir, *supra*, section 4; sous-section 1; partie b).

C) Loi applicable aux rapports internes (représenté-représentant)

En ce qui concerne la loi applicable aux rapports internes: mandant-mandataire, l'article 3477 de l'Avant-projet suit la tendance internationale permettant aux parties de désigner la loi de leur préférence, quelque soit le degré de rattachement de leur relation à cette loi et quelque soient les motifs sur lesquels reposent leur choix. A défaut de désignation expresse dans l'acte, le tribunal se bornera à examiner les dispositions du contrat conclu entre les parties pour découvrir de ce que celles-ci avaient en vue au moment de leur accord. Ceci modifie le droit actuel en vertu duquel, en l'absence de désignation expresse, le juge examine toutes les circonstances entourant le contrat, en vue de la recherche de leur volonté présumée, ledit article 3477 prévoit:

3477. «L'acte juridique présentant un élément d'extranéité est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique».

Par ailleurs, l'article 3478 qui prévoit:

3478. «Si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, ce choix est considéré comme sans effet et la loi applicable est celle qui aurait été désignée en l'absence d'un tel choix».

La désignation expresse d'une loi rendant le contrat nul n'est pas considérée effective et le juge recherche alors le rattachement objectif du contrat. Cette disposition très utile reflète, sur le plan du fond des actes, politique en faveur de leur validité, déjà exprimée sur le plan de leur forme par des rattachements alternatifs³⁹.

39. TALPIS, loc. cit., supra, note 38 à la p. 342.

Les articles suivants de l'Avant-projet (art. 3479 et 3480) énoncent le principe très important du rattachement objectif d'un contrat. Ils prévoient:

3479. «En l'absence de désignation de la loi dans l'acte, les tribunaux appliquent celle de l'Etat qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte».
3480. «Les liens les plus étroits sont réputés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte à sa résidence habituelle ou si celui-ci est conclu dans l'exercice de l'activité d'une entreprise, son établissement».

En conséquence, en l'absence de rattachement subjectif, l'article 3479 soumet le contrat à sa proper law, celle qui présente «les liens les plus étroits» avec l'acte compte tenu des circonstances qui l'entourent. Mais l'Avant-projet a ceci de particulier qu'il définit assez strictement cette loi, dans l'article 3480 par le biais de la «prestation caractéristique de l'acte»: les liens les plus étroits sont réputés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence habituelle...

Plusieurs remarques s'imposent. D'abord, cette notion de «prestation caractéristique» est apparue en droit civil dans la jurisprudence suisse, en réaction probablement aux théories de common law et de proper law. Il s'agit d'une tentative d'améliorer la flexibilité de la règle de conflit contractuelle de droit civil - la loi d'autonomie - tout en respectant l'esprit du droit civil. De là, cette notion s'est répandue. Elle figure dans la loi suisse⁴⁰ et dans la Convention de Rome de 1980⁴¹ sur les obligations contractuelles. Mais la prestation caractéristique ne peut mener à la loi applicable que par l'intermédiaire d'un autre facteur de rattachement, centré dans l'Avant-projet sur la résidence de celui qui doit la fournir⁴².

40. Ibid., p. 477.

41. Loi fédérale suisse sur le droit international privé, art. 117.

42. Convention sur la Loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 19 juin 1980, 80/CEE.

Non satisfait d'adopter une règle de conflit assez révolutionnaire - du moins pour le droit québécois - puisque l'on y trouve la version civiliste de la *proper law* («les liens des plus étroits...») et la notion de «prestation caractéristique», - le législateur n'a pas hésité à en faire une présomption très forte: en droit québécois, le contrat est réputé avoir les liens les plus étroits avec la loi de l'Etat de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir cette prestation. En ce qui concerne le mandat, ce serait logiquement la loi de la résidence habituelle du mandataire qui s'appliquerait. Il semble dangereux de se précipiter de la sorte dans une voie qui n'est pas encore bien balisée, sans autre espoir de retour que la clause échappatoire⁴³.

L'article 3480 impose au juge la lourde tâche de rechercher la nature de l'obligation essentielle d'un contrat, puis la prestation caractéristique et enfin le lieu de résidence du débiteur de cette prestation. Il doit ensuite rechercher (d'office, en ce qui concerne les lois des autres provinces, selon les futures règles de preuve québécoises) le contenu de la loi de ce lieu. Par ailleurs, celle-ci pourrait encore être écartée par le moyen de la clause échappatoire ou de l'exception d'ordre public. Reconnaissons que l'Avant-projet ne facilitera pas le travail des juges en cette matière. C'est pourquoi il aurait sans doute été plus simple de se passer de cette notion - très satisfaisante pour l'esprit, au demeurant - de prestation caractéristique en consacrant simplement le principe des liens les plus étroits, dans l'article 3479, et en ajoutant une série de dispositions flexibles destinées à guider le juge dans la recherche de ces liens avec des types de contrats particulièrement importants, comme le contrat de mandat; la règle pourrait prendre la formule suivante:

«En matière de contrat de mandat (ou de représentation conventionnelle ou volontaire), la loi ayant les liens les plus étroits avec ce contrat est présumée être celle de [...]».

Par ailleurs alternativement, si le législateur voulait retenir l'approche de la prestation caractéristique, il pouvait ajouter à l'instar de la loi suisse, une détermination de la personne qui doit fournir la

43. TALPIS et GOLDSTEIN, loc. cit., supra, note 31, p. 478.

prestation caractéristique, évitant ainsi l'insécurité juridique dans une certaine mesure.

D) Validité formelle des procurations et contrats de représentation volontaire

La politique favorisant la validité des actes juridiques est apparente dans l'Avant-projet, à cause de l'introduction de règles de conflits alternatives à l'article 3474, ce qui aura certainement une incidence positive sur la validité des contrats de représentation volontaire (mandat).

E) Force probante des actes d'un notaire étranger et des procurations sous seing privé signées à l'étranger

Les articles 3001, 3002 et 3003 de l'Avant-projet ont une grande importance pour la pratique internationale du droit en ce qu'il établissent la force probante des actes passés devant les notaires étrangers et celle des procurations signées sous seing privé à l'étranger en particulier. Dorénavant, d'après l'article 3001 A.P., les actes reçus devant des notaires étrangers feront preuve de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire de prouver la qualité et la signature de cet officier.

De plus, la même présomption de validité s'applique à l'égard d'une procuration sous seing privé signée en dehors du Québec, (article 3002) ce qui constitue une amélioration par rapport à l'actuel, l'alinéa 5 de l'article 1220 C.c.B.-C.

F) Loi applicable aux rapports externes

L'article 3483 propose, *ceteris paribus*, une règle de conflit couvrant les rapports externes, c'est-à-dire concernant la représentation volontaire identifié comme mandat; ce texte prévoit:

3483. «L'existence et l'étendue des pouvoirs du mandataire ou de l'administrateur du bien d'autrui dans leurs relations avec un tiers ainsi que les conditions auxquelles leur responsabilité ou celle du mandant ou du bénéficiaire de l'administration peut être engagée, sont régies par la loi de l'Etat dans lequel le mandataire ou l'administrateur a agi, si l'un ou l'autre, le mandant, le

bénéficiaire ou le tiers y a son domicile ou y réside habituellement ou, à défaut, par la loi qui a les liens les plus étroits avec la situation».

Cette disposition régit les rapports mandataire-tiers ainsi que la responsabilité du mandataire vis-à-vis du tiers, lesquels seront régis par la loi du lieu où le mandataire a agi si le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties se trouve aussi dans ce lieu, et à défaut, par la loi ayant des liens les plus étroits.

A l'instar de la Convention de La Haye sur la représentation. Cet article 3483 adopte la solution d'un rattachement général à la loi du lieu où le mandataire a agi, par le biais de la méthode d'un faisceau de points de contact. Cette solution a la faveur de tous et nous semble la plus pertinente.

On doit cependant noter que la rédaction de cette disposition est très ambiguë car elle semble vouloir dire que la loi du lieu où le mandataire a agi s'applique si l'une des trois parties du rapport juridique - le mandataire, le mandant ou le tiers - a son domicile ou sa résidence habituelle dans ce lieu.

Si ceci est bien l'interprétation que l'on doit tirer de cet article, nous estimons que l'on devrait le modifier pour ne conserver que le domicile ou la résidence du mandant ou du tiers qui sont les deux personnes réellement impliquées dans la situation⁴⁴.

Cependant, l'article 3483 exclut le choix par les parties de la loi applicable aux rapports externes. Il nous paraît au contraire important, toujours dans l'optique de la protection de toutes les parties, de leur permettre de choisir une loi qu'elles désignent, soit à la suite d'une proposition provenant directement du mandant, soit par le choix du mandataire, dans la mesure évidemment où le mandant lui donne un pouvoir suffisant pour choisir cette loi. La loi choisie devrait gouverner à la fois les rapports mandant-tiers et ceux existant entre le mandataire et le tiers. En effet, ces deux branches de relations forment une équation, un équilibre - par exemple au plan de la responsabilité - que l'application de deux lois différentes romprait fort probablement.

Par conséquent, nous estimons que le législateur ne peut logiquement écarter le choix de la loi applicable à la représentation -

44. Ibid., p. 479.

aux rapports externes - sans aller à l'encontre de sa politique de protection. Nous proposerions donc la rédaction suivante:

«A défaut de choix exprès, l'existence
et l'étendue des pouvoirs du
mandataire»...

De plus, il peut ne pas paraître justifiée de faire régir le pouvoir de représentation vis-à-vis du tiers - c'est-à-dire les excès de pouvoirs, etc... par la loi du lieu où le mandataire a agi si le tiers connaissait, ou aurait dû connaître, les restrictions à son pouvoir de représentation d'après la procuration, un document ou d'une autre manière. En effet, le but de l'article 3483 n'est pas de protéger les tiers de mauvaise foi⁴⁵.

Dans ce cas, deux solutions sont possibles. On peut d'abord faire régir l'effet de la connaissance par le tiers d'après la loi applicable à la relation externe (art. 3483 A.P.), à l'instar de la Convention de La Haye et (probablement) du droit positif. Celle-ci en effet, n'édicte aucune règle dérogatoire en cas de mauvaise foi du tiers, ou simplement en cas de connaissance des restrictions aux pouvoirs du mandataire.

L'autre solution serait d'adopter une règle spéciale qui soumettrait alors le rapport externe à la loi gouvernant le rapport interne - c'est-à-dire la loi relative au contrat du mandat - à la condition, toutefois, que les restrictions de pouvoir apparaissent de façon suffisamment précise dans la procuration ou d'une autre manière.

Cette seconde solution est sans doute plus pertinente du point de vue de la justice, bien que d'un point de vue pratique, elle apparaisse un peu plus complexe.

Dans cette optique, le législateur pourrait donc adopter la règle suivante (en la plaçant à la fin de l'article 3483):

«Abstraction faite de ce qui précède,
lorsque le tiers connaît ou aurait dû
connaître les restrictions aux pouvoirs
du mandataire, l'existence et l'étendue
de ces pouvoirs vis-à-vis du tiers est
déterminée par la loi gouvernant les

45. Ibid., p. 492.

rapports entre le mandant et le mandataire».

Finalement, il importe peu, à cet égard, que le tiers ne connaisse pas le contenu de la loi gouvernant ces relations, car à partir du moment où il a connaissance de l'existence des restrictions, il doit chercher cette loi. Ceci incitera d'ailleurs les mandants à rédiger des procurations suffisamment précises.

Sur le plan théorique, nous croyons que cette dernière option est plus séduisante. Qu'est-ce qui peut être plus logique que de soumettre les effets de la représentation dans les rapports entre le représenté et le tiers à la loi régissant les rapports internes entre le représenté et le représentant lorsque le tiers a connaissance du fait que le représenté n'a pas autorisé le représentant à conclure le contrat ou à accomplir l'acte dont il s'agit? De plus, comme la loi applicable doit établir un équilibre entre les intérêts du tiers et ceux du représenté, entre la protection des droits acquis et la sécurité de la transaction, entre le commerce international et le commerce interne, si le tiers est effectivement au courant des pouvoirs du représentant, l'idée de la protéger par l'application probable de sa propre loi (si le représentant a agi à son lieu de résidence en dépit de sa mauvaise foi nous semble à priori inacceptable.

De plus, dans la mesure où le législateur déciderait de modifier l'article 3483 pour ainsi permettre le choix de la loi par les parties pour régir tous les aspects de la représentation (rapports internes et externes), cette option deviendrait dans un sens une acceptation de la loi régissant les rapports internes pour régir aussi les rapports externes.

Cependant, malgré tous les avantages de cette option comme la protection du commerce international et les droits acquis du représenté, nous sommes en faveur de l'autre option, c'est-à-dire celle de ne pas faire de rattachement séparé en cas de connaissance par le tiers des pouvoirs de représentation d'après la loi régissant les rapports internes. De plus, dans l'hypothèse où la loi régissant les rapports internes protège même le tiers de mauvaise foi contrairement à la loi régissant les rapports externes ou une situation tout à fait absurde. Nous croyons alors qu'il est préférable de laisser la question de la bonne ou mauvaise foi du tiers au droit matériel de la loi régissant les rapports externes, plutôt qu'aux règles de conflit de lois.

Il ne faut pas perdre de vue que la règle applicable aux rapports externes doit être normalement prévisible à la fois pour le représenté et pour le tiers afin d'équilibrer leur intérêts respectifs; que la règle de conflits doit autant que possible être pratiquement réalisable et que la règle doit être autant que possible claire et simple. Les difficultés de savoir si le tiers connaissait ou ne connaissait pas ou aurait dû connaître la loi régissant le pouvoir, devrait faire pencher le législateur à adopter la première option, c'est-à-dire de ne pas ajouter un rattachement supplémentaire. Et, si cette solution implique une diminution de la protection des droits du représenté, il pourra s'assurer au départ de la protection de ses droits par une imposition expresse de sa loi.

CONCLUSION

Dans un cas de représentation volontaire internationale, le travail du praticien devant préparer un contrat où un étranger est représenté par un représentant apparaît particulièrement difficile et laborieux. Les difficultés de déterminer la loi applicable (en l'absence d'un choix exprès) à la fois aux rapports internes (contrat de mandat) et aux rapports externes (pouvoirs de représentation), l'incidence et l'application des lois d'application nécessaire du for ainsi que celles des systèmes juridiques étrangers, la preuve du contenu de toutes les règles internes des systèmes impliqués et leur application compte tenu de l'ordre public du for, créent des problèmes lourds au niveau de la responsabilité personnelle et professionnelle du praticien⁴⁶.

On peut espérer que le législateur modifiera l'article 3483 de l'Avant-projet afin de permettre aux parties de choisir la loi applicable tant pour les rapports internes qu'externes, laquelle modification rendra plus simple le travail du praticien et respectera les intérêts de toutes les parties concernées.

De plus, il apparaît utile également, de prévoir une règle particulière pour le contrat du mandat (rapports internes), comme le législateur l'avait fait pour le contrat de vente, à l'exemple de la Convention de La Haye de 1978, sans pour autant accepter les rattachements y adoptés.

Quant à la représentation organique on peut espérer que le législateur repense l'article 3451 de l'Avant-projet. S'il décidait de la

46. Ibid., p. 493.

retenir, il faudrait toutefois qu'il en améliore la rédaction vu le double régime du droit des compagnies au Québec.

Enfin, dans le cadre du sujet de ce rapport, on pourrait espérer que le législateur élargisse la catégorie de «mandat» en la remplaçant par «représentation volontaire ou conventionnelle» afin de couvrir le plus grand nombre de cas de représentation volontaire et réduire ainsi les difficultés de qualification.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : TAKEOVERS AND THE DUTIES OF THE BOARD OF DIRECTORS:
COMPARATIVE ASPECTS OF AMERICAN AND CANADIAN
STANDARDS

Auteur(s) : Charles R. SPECTOR

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 131-154

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13553>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13553>

Page vide laissée intentionnellement.

TAKEOVERS AND THE DUTIES OF THE BOARD OF DIRECTORS: COMPARATIVE ASPECTS OF AMERICAN AND CANADIAN STANDARDS

par Charles R. SPECTOR*

La toute dernière vague d'acquisitions corporatives a donné lieu à une véritable levée de boucliers parmi les sociétés susceptibles de faire l'objet de telles acquisitions. Cette situation a donné lieu à une foule de stratégies défensives. L'adoption de ces stratégies défensives par le conseil d'administration de sociétés cibles, face à une menace d'acquisition hostile, et leur mise en oeuvre (ou l'absence de leur mise en oeuvre) a souvent conduit à des litiges longs et coûteux. Bien que ce phénomène s'observe beaucoup plus souvent aux Etats-Unis, un nombre sans cesse croissant de sociétés canadiennes adoptent des stratégies défensives similaires dont la validité risque, ultimement, d'être sanctionnée par les tribunaux.

Dans cet article, l'auteur scrute le développement des diverses normes actuellement exigées des conseils d'administration dans leurs réactions face aux menaces d'acquisitions, réelles ou alléguées, par les tribunaux américains. L'auteur tente également de découvrir dans quelle mesure ces normes sont applicables au Canada et quelles sont les caractéristiques distinctes de la législation canadienne en matière corporative et plus particulièrement en matière d'acquisitions.

*. Avocat, Lapointe Rosenstein, Montréal.

The most recent wave of corporate takeover activity has led to a myriad of takeover defence strategies. Adopted by the Board of Directors of target companies in reaction to a hostile takeover, their implementation, or failure to do so, has often led to protracted and costly litigation. While this phenomena is much more wide-spread in the United States, more and more Canadian companies are adopting similar takeover defences, the validity of which may ultimately end up being decided by the courts.

In this article, the author examines the development of the standards currently applied by the courts in the United States to Board of Directors' responses to real or perceived takeover threats, to what extent these standards have similar application in Canada as well as the distinguishing features in Canadian corporate and takeover legislation which may account for notable differences.

SPECTOR, Charles R.	133
---------------------	-----

SUMMARY

INTRODUCTION	133
Part I	133
Part II	141
Part III	148
CONCLUSION	152

INTRODUCTION

The purpose of this paper is to examine the duties of the Board of Directors of a target company during a hostile takeover. This paper will focus on the similarities as well as the differences between the prevailing standard in the United States and in Canada in order to determine whether the business judgment rule, as developed by the American caselaw, has similar application in Canada in scrutinizing Board of Directors' responses to actual or perceived takeover threats.

Part one of this paper will describe the legislative framework for the regulation of takeovers and will then examine the development and present status of the business judgment rule as applied to Directors' decisions in the course of a hostile takeover in the American context. Part two will describe the Canadian legislative framework and will then examine the development of the standard presently applied by Canadian courts.

Part three of this paper will discuss some of the differences between American versus Canadian corporate and takeover legislation and how these differences may account for variations in the judicial scrutiny of Directors' decisions.

Part I

A takeover has been defined as a «transaction or series of transactions whereby a person (individual, group of individuals or company) acquires assets of a company either directly by becoming the owner of those assets or indirectly by obtaining control of the management of a company»¹. Most commonly, a takeover is an attempt by a bidder to acquire control of a subject company (the target) through the acquisition of some or all of its outstanding shares². This is usually accomplished by the bidder offering to the shareholders of the target cash or securities in exchange for the target's stock³.

Takeovers of public companies can take many different forms; however, most takeovers in the United States have at their origins at least an unsolicited or unfriendly bid⁴. In the United States, the takeover bid is regulated at the federal level by the Williams Act (the Act). The Act, the provisions of which are incorporated into the 1934 Securi-

-
1. H. Weinberg & B. Blank, *Takeovers and Mergers*, (1979), 3.
 2. M. Lipton & E. Steinberger, *Takeovers and Freezeouts*, (1978), 1-6.
 3. *Id.* at 1-8.
 4. *Id.* at 1-6.

ties Exchange Act, was enacted by Congress in 1968 as a response to the relatively large number of takeovers during the so-called «third great merger wave»⁵. The Act focuses on full disclosure and dissemination of information and imposes restrictions designed to prohibit discrimination among tendering shareholders and to permit investors sufficient delays in making their investment decisions⁶. The Act was not intended to effect the outcome of tender offers and «extreme care was taken to avoid tipping the balance of regulation either in favour of management or in favour of the person making the takeover bid»⁷.

The terms «tender offer» and «takeover bid» are not defined by the Act and it has been left to the courts to determine whether certain securities transactions constitute tender offers⁸. The courts have also affirmed that the Act does not regulate the substantive context of tender offers and has left to state law its traditional role in regulating the fairness of corporate control transactions⁹. In the absence of any alleged violation of the Act there lies no recourse under federal securities laws with respect to the fairness of the transaction.

Much of the litigation precipitated by takeovers involves derivative actions or class action law suits taken by aggrieved shareholders of the target company seeking compensation from the Directors of the target alleging breaches of fiduciary duty. Increasingly however, litigation has involved «transactional justification» where an injunction is sought against Board action (i.e. to force the Board to redeem a poison pill or to block a recapitalization) and the focus of judicial scrutiny is on the decision itself as opposed to the potential liability of the Directors¹⁰.

During the course of a hostile takeover, the Directors of the target often find themselves in a no-win situation; if they act in a hasty fashion and accept a takeover or merger then they may be found liable for having sold the company at too low a price without adequately having considered other alternatives or without having solicited competing and possibly higher bidders¹¹. On the other hand, if the Direc-

-
5. J. Brooks, *The Takeover Game*, (1987), 174.
 6. Gelfond and Sebastian, *Reevaluating the Duties of Target Management in Hostile Tender Offer*, 60 B.U.L.R. 403 (1980), 407.
 7. 113 Cong. Rec. 24664 (1967) (remarks of Sen. Williams).
 8. See, e.g., *Hanson Trust PLC v. SCM Corporation*, 774 F.2d 47 (2d Cir. 1985) and *SEC v. Carter Hawley Hale Stores, Inc.* 760 F.2d 945 (9th Cir. 1985).
 9. *Schreiber v. Burlington Northern Inc.*, 472 U.S. 1 (1985).
 10. Sparks, Balotti & Abrams, *Fiduciary Duties in Corporate Control Contests*, in *Hostile Battles for Corporate Control*, 2 (PLI 1987), 19.
 11. See, e.g., *Smith v. Van Gorkham*, 488 A.2d. 858 (S.C. Del. 1985).

tors pursue an aggressive defense against a takeover and the defense is successful in warding off the takeover bid, then the Board may be found liable for having entrenched inept management and for not having maximized shareholder wealth¹². Given the difficulty in resolving this conflict, the courts have maintained that, absent any evidence of self-dealing or fraud, the decisions of the Directors of the target are protected by the business judgment rule¹³.

Simply stated, the business judgment rule is a presumption in favour of the Board of Directors having fulfilled their fiduciary duties when they have taken action in good faith, after reasonable investigation into the best interests of the corporation and its shareholders and it is clear that the Board has no personal interest in the transaction¹⁴. In other words, in the absence of self-dealing or bad faith, the courts will be reluctant to interfere with a Board's informed business decision and will not substitute its own notion of what is sound business judgment¹⁵.

The logic of this doctrine is premised upon the following: a) the shareholders chose the Directors to run the company and have mandated these Directors to manage the affairs of the company¹⁶; b) the need to encourage competent people to become Directors without being exposed to unlimited liability; and c) the lack of expertise of the courts to engage in meaningful review of business decisions¹⁷.

The application of the business judgment doctrine to transactions affecting corporate control is particularly problematic due to the inherent conflict between the Board of Director's interest in preserving its own position and its duty to act in the best interests of the shareholders¹⁸. The Board's position is further complicated by the fact that they must decide between two classes of shareholders, the bidder, who has

-
12. See, e.g., *Panter v. Marshall Field & Co.* 646 F.2d 271 (7th Cir. 1981).
 13. *Pogastin v. Rice*, 480 A.2d 619 (S.C. Del. 1984). The courts have recognized that takeover defenses are a double edged sword in that they may be used to thwart a raider's attempt to gain control or they may also be used as leverage in the Board's negotiation to get a higher price for the sought after shares.
 14. See, *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971). *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984). See also Pitt, Hurwitz & Peters, *Takeover Offers: Offensive and Defensive Tactics and the Business Judgment Rule*, in *Hostile Battles for Corporate Control*, 1 (PLI 1987).
 15. See, *Panter v. Marshall Field & Co.*, supra note 12, *Johnson v. Trueblood*, 629 F.2d 287 (3d Cir. 1980) and generally, Howard, *Takeover Battles and the Business Judgment Rule*, 11 Cdn. Bus. L. Rev. 445 (1980), 450.
 16. *Johnson, Anti-Takeover Actions & Defenses: Business Judgment or Breach of Duty?* 28 Vill. L.R. 51 (1982-83), 62.
 17. *Sparks, Balotti & Abrams*, supra note 10, at 16-17.
 18. See, e.g., *Unocal v. Mesa Petroleum* 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

already acquired some shares in the target, and the offeree. The Board must consider the long-term effects on the corporation versus the short-term economic interests of shareholders who, enticed by the hefty premium, are willing to accept the bid¹⁹.

Coexisting with the Director's duty of care is the Director's duty of loyalty pursuant to which a Director is held to a higher standard of intrinsic fairness. It is based upon this standard that transactions involving self-dealing, theft of corporate opportunity and salary matters are evaluated²⁰. The business judgment rule and the accompanying judicial restraint, premised on an absence of selfdealing, do not apply when the decision of the Directors is influenced by factors which create very real conflicts of interest²¹. It has also been argued that the business judgment rule is only applicable to those decisions involving the ordinary affairs of the company in dealing with third parties however, in a tender offer situation the offer is made directly to the shareholders and therefore is beyond the scope of the rule's application²².

Recognizing the difficulties inherent in evaluating decisions taken by the Board of Directors in the midst of a hostile takeover, the courts have developed and experimented with, over the years, several different standards of evaluation. Among these approaches are: a) the «primary purpose» test; b) the «any rational purpose» test; and c) the showing of «intrinsic fairness» test²³.

The «primary purpose» test asks whether the Board acted primarily to further a proper corporate purpose or whether the Board's actions were primarily designed to maintain themselves in office²⁴. This test has often been applied where a corporation has issued new stock or has repurchased stock in the context of defending against an attempt by an outsider to gain control²⁵. This approach is wrought with

19. Howard, *supra* note 15, at 450.

20. Gelfond & Sebastian, *supra* note 6, at 435. See also *Weinberger v. UOP, Inc.* 457 A.2d 701 (S.C. Del. 1983).

21. Gelfond & Sebastian, *supra* note 6, at 435.

22. Johnson, *supra* note 16, at 61-62.

23. See, generally, Gelfond and Sebastian, *supra* note 6 and Sparks, Balotti & Abrams, *supra* note 10.

24. Pitt, Hurwitz & Peters, *supra* note 14, at 38. See also *Panther v. Marshall Field & Co.* 646 F.2d 271 (7th Cir. 1981).

25. Pitt, Hurwitz & Peters, *supra* note 14. See also *Heit v. Baird* 567 F.2d, 1157 (CA 1, 1977) and *Norlin Corp. v. Rooney, Pace Inc.*, 744 F.2d 255 (2d Cir. 1984).

definitional and characterization problems which require the courts to conduct a subjective inquiry into the motives of the Board²⁶.

A second standard developed by the courts is the «any rational purpose» test pursuant to which the Directors have the initial burden of demonstrating that their perception of the threat posed by the takeover was real and that their response to the perceived threat was proportional thereto²⁷. The decisions of the Board will then be upheld if they can be attributed to any rational business purpose²⁸.

Finally, in certain circumstances and especially after there has been a showing that the Board of Directors had reason to favour their own interests over those of the shareholders, the decision will only be sustained if it is objectively or intrinsically fair²⁹.

Throughout the late 1970's and early 1980's, the preceding tests were applied in a somewhat haphazard fashion. The confusion surrounding the business judgment rule and its application in the context of a takeover was further exacerbated following the landmark decision rendered in *Smith v. Van Gorkham*³⁰. Shortly after the *Van Gorkham* case, the Delaware courts were once again called upon to apply the business judgment rule in the context of a hostile takeover. In *Unocal v. Mesa Petroleum*³¹, the court elucidated a two-step inquiry which has now become the standard for evaluating Directors' decisions taken in the context of a hostile takeover.

Recognizing the inherent conflict faced by the Board, the court in *Unocal* stated that in order to benefit from the protection of the business judgment rule,

«the Directors must show that they had
reasonable grounds for believing that a
danger to corporate policy and

26. Sparks, Balotti & Abrams, *supra* note 10, at 23.

27. *Ibid.*

28. See, e.g., *AC Acquisitions Corp. v. Anderson Clayton & Co.*, 519 A.2d 103 (Del. Ch. 1986).

29. See, e.g., *Hanson PLC v. SMC Corporation* 774 F.2d 47 (2d Cir. 1985) *Weinberger v. UOP, Inc.* 457 A.2d 701 (S.C. Del. 1983).

30. 488 A.2d 858 (S.C. Dec. 1985). As a reaction to this decision several articles appeared carefully detailing the appropriate steps to be taken in order to protect directors from liability. See, e.g., Manning, *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkham*, 41 *Bus. L.R.* 1 (1985).

31. 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

effectiveness existed because of another person's stock ownership»³².

The court also pronounced that:

«this burden may be satisfied by showing good faith and reasonable investigation ... which proof is materially enhanced by approval of a board comprised of a majority of outside independent Directors»³³.

The second step of the inquiry was to determine whether the defensive measure taken was reasonable in relation to the threat posed.

Provided that these two tests are satisfied then the defensive tactics adopted by the Board will fall within the ambit of the business judgment rule unless the plaintiff can show:

«by preponderance of evidence that the Directors' decisions were primarily based on perpetuating themselves in office or some other breach of fiduciary duty such as fraud, overreaching, lack of good faith or being uninformed»³⁴.

In adopting this two-step inquiry, the Delaware courts have shifted the initial burden of proof from the attacking plaintiff to the defendant Directors and have imposed a level of substantive review in assessing the balance between the threat posed and the defensive tactic adopted. Thus, the reasonableness of the target's response will be evaluated by the courts regardless of whether the plaintiff demonstrates that the Directors acted solely or primarily with an improper purpose³⁵. Clearly this goes beyond both the presumption in favour of the Directors normally afforded by the business judgment rule as well as the usual judicial restraint in reviewing Director's decisions.

Following Unocal, the Delaware courts have had ample opportunity to either modify or affirm what had been set down in

32. Id., at 955.

33. Ibid.

34. Id., at 958.

35. Sparks, Balotti & Abrams, *supra* note 10, at 22-23.

Unocal. In *Moran v. Household International, Inc.*³⁶, the legality of the Board's adoption of a rights plan (a poison pill) as a preventative mechanism to ward off future raiders was examined. After concluding that the adoption of the plan was within the authority of the Board, the court examined whether the decision to adopt the plan fell within the protection afforded by the business judgment rule. Applying the two-step Unocal inquiry, the court concluded that the Directors, having acted in good faith after reasonable investigation, had adopted the plan as a reasonable reaction to their concerns about a possible coercive, two tier, front end loaded, tender offer and were therefore protected by the business judgment rule³⁷. The court placed particular emphasis on the fact that the plan was being adopted as a preventative as opposed to a reactive tactic and left for another day the validity of a plan adopted in the heat of a takeover battle as well as the Board's decision to trigger or redeem such a plan.

In *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*³⁸, the Delaware Supreme Court was called upon to evaluate a whole gamut of takeover defenses. Relying on the analysis developed in Unocal, the Supreme Court affirmed the Chancery Court's refusal to enjoin the enforcement of a poison pill adopted by Revlon's Board. The poison pill and the Notes Exchange Offer were held to be «reasonable in relation to the threat posed» in view of the Board's evaluation that the offer was grossly inadequate³⁹. These two defenses served the purpose of increasing the offer price; however, once it became inevitable that the company was going to be sold, the Board's role changed from defender of the corporate bastion to auctioneer whose goal was to get the highest possible price for shareholders⁴⁰. The standard of conduct by which the Directors' decisions would be evaluated also changed. The court determined that the subsequent grant of a lock-up clause, a «no-shop» provision and a cancellation fee to a favored party was an effort by management to protect their positions and to reduce their exposure to liability. Under the stricter intrinsic fairness test these actions constituted a breach of the Directors' duties⁴¹.

In some of the more recent takeover battles, the Unocal test continues to be applied by the courts. In *Ivanhoe Partners v. Newmont*

36. 500 A.2d 1346 (S.C. Del. 1985).

37. Id., at 1357.

38. 506 A.2d 173 (S.C. Del. 1986).

39. Id., at 176.

40. Id., at 184.

41. Howard, *supra* note 15, at 462-463.

Mining Corp.⁴², a comprehensive defensive strategy which included a street sweep conducted by the company's largest shareholder and facilitated by the payment of a substantial dividend was deemed to be a reasonable response to a coercive and inadequate two tier partial tender offer and therefore protected by the business judgment rule. Similarly, in CRTF Corp. v. Federal Department Stores⁴³, the Board's refusal to redeem a poison pill was also upheld under the reasonable test.

On the other hand, in Grand Metropolitan PLC v. Pillsbury Co.⁴⁴, the Delaware Court of Chancery ruled that the Director's decision to keep a poison pill in place was not protected by the business judgment rule since it was not reasonable in relation to the threat posed by the offeror's fully financed invitation to tender all shares at a fair and adequate price⁴⁵.

In Robert M. Bass Group, Inc. v. Evans⁴⁶ the target company's defensive restructuring, which included the payment of a large cash dividend and the reorganization of the company's divisions into separate companies, was judged to have failed the reasonable test. The court concluded that the threat to corporate policy was unreasonably perceived given that the takeover bid was neither coercive, front-end loaded, nor dependent on the break-up of the company for its financing⁴⁷. According to the Court, the Board's response of restructuring the company, was also unreasonable as it offered shareholders inferior value and no choice but to accept it⁴⁸. Finally, the response was judged unreasonable because it would entrench the management group and virtually eliminate any possibility of shareholders receiving a takeover premium without management's consent⁴⁹.

The preceding review of judicial evaluation of Directors' decisions taken during a hostile takeover reveals that the business judgment rule has undergone a transformation. The two-step reasonable test proposed in Unocal has opened a door through which a limited degree of substantive review by the courts is accepted and

42. 535 A.2d 1334 (S.C. Del. 1987).

43. Federal Securities Law Reports, #1280 (March 18, 1988) 98, 114.

44. Federal Securities Law Reports, #1318 (December 18, 1988) 91, 188.

45. Id., at 91, 195.

46. 522 A.2d 1227 (Del. Ch. 1988).

47. Id., at 1240.

48. Id., at 1242.

49. Id., at 1244.

through which the standards to which Directors are held to in arriving at their decision is somewhat more stringent. Bearing this in mind, Directors must now take particular care to ensure that defensive tactics are reasonably related to the particular event or conditions which give rise to their adoption⁵⁰.

Part II

Of particular importance in examining the takeover legislative framework in Canada is the primacy of provincial legislation. While takeovers are to some extent regulated under the provisions of the federal corporate statute, the Canada Business Corporations Act (CBCA), it is the respective provincial legislatures which adopt and enforce takeover legislation⁵¹. The specific provisions pertaining to takeovers are found in each province's Securities Act and throughout Canada there has been a movement towards uniformity of these acts. Since the province of Ontario, the most populous of the 10 provinces, is the acknowledged leader in the field of securities regulation, most of the ensuing discussion will focus on the relevant Ontario statutes.

In accordance with section 88(1) of the Ontario Securities Act (OSA), the term «takeover offer» is defined in such a way that anytime an offer is made to increase the offeror's holdings so that in the aggregate the offeror will hold 20% or more of the target's outstanding securities, a takeover bid is deemed to have been made. Upon the occurrence of such an event, the offeror must prepare a takeover bid circular containing the information prescribed by regulation to be forwarded to the target company, the securities commission and stock exchange as well as to each of the target's securities holders⁵². The OSA also contains statutory requirements prohibiting discrimination among tendering shareholders as well as provisions permitting investors sufficient delays in making their investment decision⁵³.

Perhaps the most significant departure from the Williams Act is the requirement outlined in sections 94 to 99 of the OSA pursuant to which an offeror who becomes the owner of more than 20% of the target's voting securities through private agreement with more than five

50. Veasey, Bodnar & Bennet, *The Growing Complexity of the Business Judgment Rule*, in 19th Annual Institute on Securities Regulation (PLI 1982), 93.

51. Anisman, *Proposals for a Securities Market for Canada: Purpose and Process*, 19 Osgoode Hall L.J. 329 (1981), 331.

52. See OSA, sections 99 and 94(1).

53. Sections 94(2) and 94(3) allow for a minimum deposit period of 21 days during which time no securities will be taken up. Section 94(7) provides for pro-rata take-up when the bid is made for less than all of the class of targeted securities.

sellers and has paid a premium of at least 15% over the market price of those securities is obliged to make a follow-up offer equal to the highest consideration or cash equivalent of such consideration to the target's remaining shareholders⁵⁴. The followup offer requirements do not apply to partial bids nor to bids made through the facilities of the Toronto Stock Exchange⁵⁵. As DeMott has stated:

«the Ontario approach results in a more integrated treatment of separate transaction that may shift control in the target company because it requires acquisitions that would give the purchaser a sizeable (i.e. 20%) holding to be made through a general all holders offer; it further achieves equal treatment of target shareholders if the transaction shifting control results from purchase from a few presumably large stockholders»⁵⁶.

One striking factor in examining Directors' responsibilities in the context of a hostile takeover in Canada is the paucity of appropriate case law. Presumably, this fact can be partially attributed to the more detailed rules regulating takeover bids, particularly with respect to the compulsory follow-up offer and the compulsory acquisition provisions contained in the various corporate and securities statutes⁵⁷. While there is no shortage of literature outlining the duties of Directors of Canadian corporations in general⁵⁸, the development of governing principles in evaluating and determining Directors' duties in the context of a hostile takeover is still in its embryonic stage.

In the Anglo-Canadian setting, the protection generally accorded to Directors in the exercise of their functions can be traced as far back as to the early British case of *Charitable Corporation v.*

54. See, generally, J. Courtright, *Securities Regulation of Takeover Bids in Canada* (1985) and De Mott, *Comparative Dimensions in Takeover Regulation*, in *Knights, Raiders, and Targets: The Impact of the Hostile Takeover*, (1988), 398.

55. OSA, section 92.

56. De Mott, *supra* note 54, at 412.

57. Howard, *supra* note 15, at 60.

58. See, generally, M. Ross, *Canadian Corporate Directors on the Firing Line*, (1980), Howard, *Directors and Officers in the Context of the Canada Business Corporations Act in Meredith Memorial Lectures*, (1975) and M. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* *cf. hññfñçđ*

Sutton⁵⁹. As stated by the court, the law will not interfere with decisions taken within the parameters of the Directors' normal corporate duties except that they must be conducted with reasonable faith and fidelity⁶⁰. The court's reluctance to second guess the wisdom of Directors' business judgment only applies when decisions are taken in good faith, in the belief that they are in the company's best interests⁶¹. Although not specifically labelled «the business judgment rule», the scope of judicial evaluation is almost identical to what is applied by American courts in evaluating Board decisions outside of the takeover environment. A much stricter standard of duty of loyalty (fiduciary duty) applies in transactions involving the usurping of corporate opportunity⁶² as well as in other situations of conflict of interest⁶³.

In the context of a hostile takeover, the leading Canadian case is *Teck Corporation v. Millar et. al.*⁶⁴ In this case, the Directors of Afton Corporation, a mining company, contrary to the wishes of Teck Corporation, the plaintiff controlling shareholder, entered into a mining exploration and development agreement with a third party pursuant to which this third party acquired the right to receive shares equal to 30% of all the outstanding shares of Afton. The issuance of the shares was contingent upon the Afton mine being brought into production. The agreement had the dual effect of excluding Teck from directly participating in the development of the mine (one of the reasons why Teck had acquired control in the first place) as well as severely diluting Teck's control position.

In examining the Directors' actions, the court had to determine whether the issuance of the shares was for an improper purpose, and therefore constituted an abuse of power⁶⁵. Teck's argument was based on the principle set forth in the British case *Hogg v. Cramphorn Ltd.*⁶⁶ that the Directors have no right to exercise their power to issue shares in order to defeat an attempt to secure control of the company even if they consider that in so doing they are acting in the company's best

59. (1977), 26 E.R. 642.

60. Ellis, *supra* note 58, at 15-2.

61. F. Iacobucci, M. Pilkington & R. Prichard, *Canadian Business Corporations*, (1977), 294-295.

62. See, e.g., *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, 40 D.L.R. 3d (1973) 371 S.C.C.

63. Howard, *supra* note 58, at 296.

64. 33 D.L.R. 3d (1973) 288 S.C.B.C.

65. *Id.*, at 309.

66. (1966) 3 All E.R. 420.

interests⁶⁷. The implication is that the issuance of shares merely to retain control is an improper purpose and consequently a breach of fiduciary duty. The British Columbia court rejected this argument and stated that:

«directors are entitled to consider the reputation, experience and policies of anyone seeking to take over the company. If they decide, on reasonable grounds, a takeover will cause substantial damage to the company's interests, they are entitled to use their powers to protect the company»⁶⁸.

The court then examined the Directors' motivation in making their decision and determined that their primary objective was not to retain control of the company, but rather, to get the best possible agreement in order to develop the mine efficiently and profitably⁶⁹. The Directors, acting in the best interests of the shareholders, did not breach their fiduciary duties even though they may have also benefitted as a result⁷⁰.

The principles elicited in *Teck* have been reaffirmed in several other Canadian cases including *Re Royal Trust Co. Ltd. No. 3*⁷¹ and *First City Financial Corp. Ltd. v. Genstar Corp.*⁷² In this latter case, the target company, responding to First City's surprise takeover attempt, sought out a white knight, Genstar, and proceeded to: a) grant to Genstar an option to acquire 10% of its outstanding shares; and b) file a preliminary prospectus to issue new shares. In denying a motion for an interlocutory judgment, the Ontario Supreme Court expressed its reluctance to interfere in matters which lie within the ambit of securities regulation⁷³. With regard to the breach of fiduciary duty, the court stated that:

«directors have the right and indeed the obligation to take steps they honestly and reasonably believe are in the

67. *Teck Corp. v. Millar*, 33 D.L.R. 3d (1973) 288 S.C.B.C., at 311.

68. *Id.*, at 317.

69. *Id.*, at 330.

70. *Ibid.*

71. 14 B.L.R. 307 (Ont. S.C. 1981).

72. 15 B.L.R. 60 (Ont. S.C. 1981).

73. *Id.*, at 76.

interests of the company and its shareholders in a takeover contest»⁷⁴.

The court went on to say that evaluating the proper course of action for the Board would require a careful look at all of the circumstances, particularly the Directors' motives, and conceded that this would be very difficult to do on an interlocutory motion⁷⁵.

In more recent case law, the Nova Scotia Supreme Court was called upon to adjudicate a multitude of issues in the takeover battle for the Nova Scotia Savings & Loan Company⁷⁶. Among the issues in question was the actions of the Board of Directors of the target which, while vigorously opposing the takeover attempt authorized: a) the creation of an employee stock option plan to which the Directors were the main beneficiaries; and b) the issuance of additional shares to friendly suitors.

Relying largely on the business purpose doctrine or proper purpose doctrine set forth in *Teck*, the court stated:

«When exercising their power to issue shares from treasury the Directors must be able to show that the considerations upon which the decision to issue was based are consistent only with the best interests of the company and inconsistent with any other interests. This burden ought be on the Directors once a treasury issue has been challenged»⁷⁷.

Given the set of circumstances surrounding the issuance, the court concluded that the Directors had breached their fiduciary duties in making a one-sided allotment of shares for the purposes of watering down the holdings of the unwanted raider. In supporting another group which was «not unfriendly» to present management, the Board used its

74. Id., at 80.

75. Ibid.

76. *Exco Corporation et. al. v. Nova Scotia Savings & Loan Company et. al.* 35 B.L.R. 149 (N.S.S.C. 1978).

77. Id., at 261

power for a purpose which was not demonstrably in the best interests of the company⁷⁸.

The preceding cases have primarily involved the issuance of additional shares as a defensive tactic however this is only one of the measures which can be taken by the Directors of a target company in order to ward off an unwanted suitor⁷⁹. Other measures remain either untried or untested before the court. Recently however, a sale of the crown jewels of the target corporation has been the object of a series of court proceedings collectively referred to as *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd. et al*⁸⁰. The questionable transaction involved the sale by Hiram, the target of a hostile takeover bid by Gulf Canada Corporation (a company controlled by Olympia & York), of its distiller business to a third party. Among the issues before the court was whether the sale represented an improper use of the target's assets by the Board contrary to their fiduciary duties⁸¹. Citing the *Teck* case as the proper test to be applied, namely, whether the Directors honestly and reasonably believed that what they were doing was in the best interests of the corporation and they did not have as their primary purpose the entrenching of management, the court was satisfied that the Directors had not breached their duties. The court's conclusion was based on the fact that the Board had acted in accordance with their professional advice and because the proceeds of the sale were to be used for an eventual offer to the shareholders⁸². As Simmonds points out, there was not a very close examination of the appropriateness of the tactics chosen by the Directors as the recent American caselaw would suggest⁸³.

Most recently, Inco Ltd., a Toronto based nickel producer, was the first Canadian corporation to adopt a poison pill⁸⁴. The Board of Directors of Inco, well aware of the attractiveness of the corporation due to its record earnings and surplus cash, proposed a special \$10 per share dividend as well as the adoption of the poison pill in the form of

78. Id., at 262

79. See, generally, Horn, *Takeover Bid Defenses in the Province of Quebec*, 22 McGill L.J. 263 (1976); Yake, *Comparative Takeover Tactics*, 2 Cdn - Amer. L.J. 43 (1983); and Iacobucci, *Planning and Implementing Defenses to Takeover Bids: The Directors' Role*, 5 Cdn. Bus. L.J. 131 (1980-81).

80. (1986) 59 O.R. (2d) 254. See Simmonds, Note, Cdn. Bar R. (1987), 626.

81. Simmonds, *supra* note 80, at 628

82. Id., at 630.

83. Id., at 630-631. Simmonds cites the *Revlon* case, 506 A.2d 173 (S.C. Del. 1986), as an example where there was greater willingness by the courts to go beyond the traditional judicial restraint commonly associated with the business judgment rule.

84. Wall St. J. Oct. 4, 1988, at A4, col. 1.

a rights plan⁸⁵. The plan, which was effective immediately, along with the special dividend, were to be submitted to the shareholders for approval. Shortly after the announcement, the Caisse de dépôt et placement, one of Canada's largest institutional investors, filed an action to keep Inco from adopting the plan⁸⁶ and it remains to be seen what the courts' reaction may be.

This brief survey of Canadian caselaw indicates that while still very much in its development stage, the Canadian courts have moved somewhat beyond the normal level of review associated with the business judgment doctrine in their evaluation of Directors' decisions, however the two-step test consecrated in *Unocal* and regularly applied since has yet to be acknowledged. The reasons why the standards of evaluation as applied by the courts may differ is the subject of the following section.

Part III

When comparing any two systems of law, there is always the danger of failing to distinguish between the forest and the trees. Cultural, social, economic and historical differences must be considered in order to properly assess the present state of affairs. Fortunately, in the Canadian-American context, these differences are minimal given the common background, geographical proximity and long-standing close commercial relationship between the two countries. With respect to corporate law in general and securities and takeover legislation in particular, the differences are even less pronounced given each system's common British origin and the fact that, to a great extent, Canadian corporate law is modeled after New York law⁸⁷.

The fundamental goals of both American and Canadian takeover legislation are similar; each attempts to: a) ensure that target shareholders are furnished with adequate information; b) ensure that each shareholder has an equal opportunity to consider the offer and then decide to accept it or reject it; c) permit an equal sharing of the consideration offered; and d) maintain an equal balance between those who seek to take over the target and those who seek to defend it⁸⁸. As

85. Ibid.

86. Wall St. J. Oct. 7, 1988, at C12, col. 5.

87. Howard, *supra* note 58, at 284.

88. Flisfeder, *Comparative Aspects of Corporate Take-Overs in Anglo-Canadian and American Law*, unpublished thesis, McGill University Institute of Comparative Law (1971), 192.

discussed, neither country's securities laws expressly attempt to regulate the fairness of corporate control transactions.

Similarities in legislative content is not limited to the regulation of takeovers. The various provisions outlining Directors, duties found in the American state and Canadian provincial corporate statutes are also quite similar, reinforcing the view that Directors of Canadian corporations face the same standards of judicial scrutiny as do their American counterparts in evaluating their responses to a hostile takeover. While this view is fundamentally correct, there exists several important distinctions which warrant further investigation.

One feature of Canadian takeover legislation which cannot be overlooked is the follow-up requirement⁸⁹. This requirement prevents a raider from buying a control block at a premium in a nontender offer situation and then proceeding with a second step freeze-out merger. It has been in response to this type of transaction, or the threat thereof, that the American courts have upheld the more drastic takeover defense tactics⁹⁰. Since the reasonableness of the defensive tactic employed is directly related to the perception of the threat posed, this test would have to be employed in a different manner in Canada given that coercive, two step, front-end loaded, takeover bids are not possible. If all shareholders have the right to receive equal consideration⁹¹ then Canadian courts may be more inclined to examine the threat to the target's continued existence or perhaps the possible threat to the corporation's other constituents, namely its employees, creditors, customers and community. This notion of extended

89. See text accompanying notes 54-56, *supra*.

90. See, e.g., *Unocal v. Mesa Petroleum* 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985), where a discriminatory self-tender offer was upheld; *Moran v. Household International Inc.* 500 A.2d 1346 (S.C. Del. 1985), where a poison pill was upheld; and *Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corp.* 535 A.2d 1334 (S.C. Del. 1987), where a street sweep facilitated by the payment of a large dividend was upheld.

91. See, e.g., *e Royal Trustco Ltd. and Campeau Corporation No. 2*, 11 B.L.R. 298 (Ont. Sec. Comm. 1980) where it was determined that a collateral agreement with a controlling shareholder of the target provided for more favourable consideration. The Ontario Securities Commission issued a cease trading order until such time that the Commission received acknowledgements and agreements that the controlling shareholder would not receive additional consideration.

Directors' duty remains an unresolved question in both the United States⁹² and Canada⁹³.

There is also a fundamental difference between Canadian and American corporate statutes in that in Canada the fiduciary duty of Directors is owed to the Corporation and not expressly to its shareholders⁹⁴. Although this nuance could conceivably allow Directors of Canadian corporations to consider factors other than the maximization of shareholder value in evaluating and developing strategy in defending against a hostile takeover, this view was not accepted in the recent Olympia York case⁹⁵. As Canadian caselaw develops, this distinction may also be used to support the notion of an extended Directors' duty as noted above.

Another distinction is that Canadian corporate statutes place more constraints on Directors' discretion as illustrated by the respective division of power between directors and shareholders. In Canada there is a much greater emphasis placed on shareholder suffrage and, depending on whether they constitute a «fundamental change», certain takeover defenses may require shareholder approval as a pre-condition to their validity⁹⁶. For instance, a «scorched earth» defense or «crown jewel lock-up» may constitute a sale of «all or substantially all of the property of the corporation» in which case shareholder approval would be required⁹⁷.

Mitigating somewhat the more onerous Canadian requirement for greater shareholder participation is the greater ease in Canada in communicating with shareholders. Proxy materials, which in the United States have to be pre-cleared with the Securities and Exchange Commission⁹⁸, can be sent without pre-clearance by Canadian target companies. This, of course, speeds up the time frame in which the

92. See, e.g., *Unocal v. Mesa Petroleum* 493 A.2d 946, at 955 where the consideration of other corporate constituents was permitted; but contra *Revlon, Inc. v. MacAndrew and Forbes Holdings, Inc.* 506 A.2d 173 (S.C. Del., 1986), at 182 where this view was rejected.

93. See, e.g., *Iacobucci*, supra note 79, at 163-164. The author states that the traditional view that directors are to act in the interests of the corporation, that is, shareholders as a whole, and not in the interests of consumers, employees or the nation is beginning to show signs of age.

94. Turner, *Fiduciary Duties in the Friendly Take-Over or The Auction and How Not to Run One*, in *Insight Conference on Anatomy of a Friendly Take-Over*, May 1989, 9.

95. (1986) 59 O.R. (2d) 254, at 271.

96. See, e.g., Section 167 C.B.C.A.

97. This issue was raised in the Olympia York case, (1986) 59 O.R. (2d) 254.

98. Rule 14a-6 under Securities and Exchange Act.

Board of Directors may call a shareholders' meeting and thus encourages Directors to seek shareholder approval of takeover defenses, particularly those which are anticipatory rather than remedial⁹⁹. Shareholder approval of a particular defensive tactic, such as the issuance of shares, sale of a division, granting of an option or the creation of a right's plan, while normally the prerogatives of the Board, may preclude the courts from reviewing the reasonableness of these measures, therefore relieving Directors from possible liability¹⁰⁰.

To some extent, Directors of Canadian corporations have much greater freedom in issuing and allotting new shares. Most provincial corporate statutes and the CBCA permit an unlimited authorized share capital¹⁰¹. Although the creation and issuance of additional shares does not normally entail charter amendments and the requisite shareholder approval, all of the major stock exchanges in Canada require prior notice when treasury securities or options to purchase treasury securities are to be issued and the exchanges maintain the right to require shareholder approval in order to list these shares¹⁰². As discussed in the preceding section, the Board's discretion to issue additional shares is often the gravamen of Canadian takeover litigation so while it can be said that Directors of Canadian corporations have easier access to this defense, their discretion will be constrained by the «proper purpose» test set forth in *Teck*.

There exist, of course, many other distinctions which have some effect on the takeover environment in general and thus impact on Directors' responsibilities, most of which are beyond the scope of this paper. It is clear however that: a) takeover procedures are more clearly defined in Canada; and b) in the absence of shareholder approval, the range of available takeover defenses is much more limited in Canada. Given these assumptions, Canadian courts are more likely to engage in a more stringent review of Directors' adoption of takeover tactics without shareholder approval. The proper purpose test enunciated in *Teck* and used in evaluating the issuance of shares involved not only the examination of the independence of the Board of Directors and the absence of self-dealing, fraud and abuse but a conjecture as to the motives of the Board as well. While not

99. See, e.g., L. Lowenstein, *What's Wrong with Wall Street*, (1988) 178-179 where the author makes his point in reference to the British system.

100. See Iacobucci, *supra* note 79, at 163-164. The author admits that is difficult to articulate a rule as to when and in what circumstances the courts will recognize shareholder ratification.

101. CBCA, section 6 (1) (c).

102. De Mott, *supra* note 54, at 413-414.

inconsistent with the prevailing standard in the United States, it requires a greater degree of judicial review.

CONCLUSION

Despite some important differences between the two countries in the existing legal framework pertaining to takeovers and Directors' duties, the fundamental principles are essentially the same¹⁰³. To some extent the differences in the evaluation of Directors' behavior in the context of a hostile takeover can be attributed to the fact that American caselaw is much more developed. It has had ample opportunity to grapple with the seemingly irreconcilable conflicts and distinguishing nuances in order to articulate a set of judicial guidelines flexible enough to allow for their application to a wide range and ever changing set of facts and circumstances.

The magnitude of judicial review of corporate control transactions in the United States is no accident as the dearth of substantive takeover legislation has left it up to the courts to determine what is fair in the making of and the defending against a hostile takeover. Canada, on the other hand, has chosen a more stringent regulatory process and, while avoiding the imposition of substantive fairness tests, has established more concrete procedures to ensure that all shareholders are treated equally.

An equally important factor in the development of judicial interpretation of Directors' duties in the course of a hostile takeover is the dominant trend in Canada towards friendly takeovers. As certain authors¹⁰⁴ have pointed out, the high degree of corporate concentration in Canada dictates that corporate control transactions are more often negotiated rather than initiated as a hostile takeover bid. While this factor may not affect Directors' duties per se, it has had the effect of contributing to the under-development of Canadian caselaw on the subject.

The extensive role of the judiciary in the United States is both a feature and a by-product of its society. The much larger population and capital base make it economically feasible for plaintiffs to institute litigation against corporate Directors. Access to the courts is further

103. Flisfeder, *supra* note 88.

104. See, e.g., Turner, *supra* note 94, at 1. De Mott, *supra* note 54, at 400, also notes the high degree of shareholders' concentration but does not conclude that this is a factor contributing to the predominance of friendly takeovers in Canada.

facilitated by the ease in certifying a group of shareholders for class action and the more acceptable practice of contingency fees for lawyers¹⁰⁵. In the United States, damages for breaches of Directors' duties during a hostile takeover, being a function of the number of outstanding shares and the premium offered, can run into the tens of millions of dollars, thus providing the financial impetus for shareholders (and their lawyers) to take action. In Canada, where market capitalization is much less, and class action certification for shareholders more difficult, government, rather than the private citizen has assumed the watchdog role.

Historically, government in Canada has assumed a much greater role in regulating many facets of economic activity and there is little reason to assume that this would be any less apparent in the regulation of takeovers. It will be interesting to see whether the recently promulgated free trade arrangement between the two countries will instigate a harmonization of the legislative framework and judicial scrutiny of takeovers in order to ensure that substantial barriers do not exist which might otherwise impede the free-flow of capital.

105. Frazier, *The Regulations of Takeovers in Britain in Knights, Raiders and Targets*, *supra* note 54, at 437.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : TRANSSEXUALISME ET IDENTITÉ PARENTALE

Auteur(s) : Renée JOYAL

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 155-160

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13546>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13546>

Page vide laissée intentionnellement.

TRANSSEXUALISME ET IDENTITE PARENTALE

par Renée JOYAL*

Ce qui jadis était l'apanage de Dieu, de la Nature ou à un moindre degré du Parlement, en tout cas si l'on en croit les champions de sa suprématie, est devenu aujourd'hui celui des chirurgiens et des endocrinologues: ceux-ci prétendent en effet changer des hommes en femmes et vice-versa.

Ces interventions sont légales sur le territoire du Québec. En effet, la Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil¹ permet à tout citoyen canadien majeur, résidant au Québec depuis au moins un an et qui a subi avec succès les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier la structure de ses organes sexuels ainsi que ses caractères sexuels apparents de demander par requête au ministre de la Justice, un changement d'indication du sexe et du prénom qui apparaissent à son acte de naissance. Ces modifications de l'état civil ne changent en rien les droits et obligations de la personne concernée, lesquels demeurent les mêmes nonobstant sa nouvelle identité.

De plus, les traitements et interventions subis peuvent être couverts par le régime d'assurance-maladie du Québec à la condition qu'ils soient amorcés sur la recommandation d'un médecin psychiatre et qu'ils aient lieu dans un centre hospitalier autorisé à cette fin². Actuellement, l'Hôtel-Dieu et l'Hôpital général de Montréal détiennent cette autorisation.

La légalité de ces interventions ne fait donc aucun doute. De plus, la personne transsexuelle, tant du point de vue de son identité que de l'exercice de ses droits ou de l'accomplissement de ses obligations, a la possibilité de régulariser sa situation juridique. Il n'en va cependant pas de même des enfants dont cette personne est déjà le père ou la mère lorsqu'elle s'engage dans un processus de transsexualisme. Le législateur n'a pas prévu cette éventualité, laquelle semble également

*. Professeure, Université du Québec à Montréal.

1. L.R.Q., c. C-10, art. 16 et ss.

2. Ces renseignements ont été fournis par la Régie de l'assurance-maladie du Québec.

absente des préoccupations des équipes médicales engagées dans ce type de processus.³

Le Tribunal de la Jeunesse (auquel a succédé depuis lors la Cour du Québec, Chambre de la Jeunesse) a récemment été saisi de la question⁴. On a en effet porté à son attention la situation d'un adolescent âgé de quatorze ans vivant avec sa mère depuis sa naissance. Le mariage de ses parents a depuis longtemps été dissous par le divorce et son père biologique a été subséquemment déchu de l'autorité parentale. L'adolescent porte le nom de sa mère. Celle-ci a subi avec succès les traitements et interventions destinés à modifier la structure de ses organes sexuels et ses caractères sexuels apparents. Elle a aujourd'hui l'apparence d'un homme. Tout au long du processus de transformation de sa mère, l'enfant a été suivi par un travailleur social. Il semble s'être adapté à la nouvelle apparence de «son parent».

D'autre part, le ministre de la Justice a fait droit à une requête visant le changement d'indication de sexe et de prénom apparaissant à l'acte de naissance de cette personne. Cependant, celle-ci figure toujours à l'acte de naissance de son enfant à titre de mère et sous son ancien prénom, alors qu'elle a aujourd'hui toutes les apparences d'un homme et un nouveau prénom masculin. Cette discordance est à l'origine de situations vexantes et traumatisantes pour l'enfant et son parent, lesquelles ont été longuement exposées au tribunal.

Le recours vise à faire reconnaître que la «mère» de l'enfant doit désormais être reconnue comme son «père». Le résultat recherché ne peut être obtenu par rectification de l'acte de naissance de l'enfant, puisqu'il n'y a pas eu d'erreur au moment de la confection de celui-ci. La demande ne peut non plus être fondée sur les articles 20 et 46 du Code de procédure civile dont elle excède manifestement le cadre.

Enfin, la Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil et les dispositions du Code civil du Bas-Canada en matière de changement de nom ne peuvent être d'aucune utilité dans le cas de cet adolescent.

C'est donc par le biais d'une demande d'adoption que le Tribunal de la Jeunesse est saisi du problème. Le parent de l'enfant y consent,

3. Selon les informations que nous avons pu obtenir à ce sujet, à l'Hôtel-Dieu et à l'Hôpital général de Montréal, les protocoles d'intervention en la matière sont actuellement centrés sur le seul bien-être de la personne en processus de transsexualisme, bien qu'à l'occasion des suggestions ou recommandations puissent être faites dans la perspective de la protection de ses enfants.

4. Droit de la famille -480, [1988] R.J.Q. 1138 (T.J.)

en tant que «mère», à l'adoption de l'enfant par elle-même, en tant que «père». Agé de plus de dix ans, l'enfant donne également son consentement à l'adoption. S'appuyant sur la notion de «*parens patriae*» et sur l'article 30 du Code civil du Bas-Canada, qui fait de l'intérêt de l'enfant la considération déterminante de toute décision prise à son sujet, le Tribunal de la Jeunesse fait droit à la demande.

Que faut-il penser de cette décision? Après en avoir commenté certains aspects techniques, nous aborderons les questions fondamentales qu'elle soulève.

- Les aspects techniques

Tout d'abord, la mère biologique pouvait-elle, sous sa nouvelle identité, consentir à l'adoption de son enfant? Il faut répondre à cette question par l'affirmative. En effet, l'article 596 du Code civil du Québec permet aux père et mère de consentir à l'adoption de leur enfant.

De plus, en vertu de l'article 604 du même Code, lorsque l'un des parents est déchu de l'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit. Enfin, les articles 11 et 22 de la Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil prévoient que la personne transsexuelle peut exercer tous ses droits sous sa nouvelle identité.

Deuxièmement, un parent biologique peut-il adopter son propre enfant? Depuis la mise en vigueur du Code civil du Québec, la chose ne présente plus aucun intérêt, puisqu'en vertu de l'article 594 de ce Code, tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance. Toutefois, saisi de situations exceptionnelles et dans l'intérêt de l'enfant, le Tribunal de la Jeunesse a reconnu la possibilité pour un parent biologique d'adopter son propre enfant, notamment pour permettre à un enfant né hors du Québec d'y rejoindre son parent⁵ ou pour donner la possibilité au conjoint de fait du parent biologique d'adopter l'enfant de celui-ci⁶. Le jugement qui nous occupe s'est évidemment appuyé sur ces timides précédents.

5. Droit de la famille -78, J.-E. 83-895 (T.J.).

6. Droit de la famille -38, [1983] T.J. 2011; en effet, le Code civil du Québec ne prévoit l'adoption que par l'époux et non le conjoint de fait du parent biologique. On a voulu contourner cet obstacle au moyen d'une demande conjointe du parent biologique, de son conjoint de fait et du D.P.J., tel que prévu dans ce cas à l'article 825, C.P.C. Toutefois, un jugement récent de la C.S. a décidé qu'on ne peut, au moyen d'un bref de mandamus, forcer le D.P.J. à se porter partie à une telle requête: Droit de la famille -372, [1987] R.D.F. 197.

- Les questions fondamentales

Bien que cette décision puisse se défendre d'un point de vue technique, elle nous semble incompatible avec la finalité de l'adoption. Faut-il rappeler que cette institution a pour premier objectif de donner un foyer à des enfants orphelins, malheureux ou abandonnés, et pour objectif secondaire de permettre à des couples en situation exceptionnelle de fonder une famille ou d'agrandir celle qu'ils ont déjà? Dans le cas qui nous intéresse, il s'agissait de modifier l'acte de naissance d'un enfant et l'utilisation de l'adoption à cette fin peut facilement être perçue comme une distorsion.

De plus, le jugement reconnaît implicitement que le parent de l'enfant est devenu un homme au sens de la loi puisqu'il l'autorise à adopter l'enfant en tant que «père». Les dispositions de la Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, qui rendent possible, en cas de transsexualisme, le changement d'indication de sexe et de prénom à l'acte de naissance de la personne concernée ont-elles cet effet? Il est permis de douter qu'en autorisant semblables modifications par voie ministérielle, l'État ait recherché un but autre que celui de permettre à une personne de poser plus commodément les actes de la vie civile en rendant conforme son identité et son apparence. Tant et aussi longtemps que la Cour Supérieure ne se sera pas prononcée, à l'occasion, par exemple, d'une demande en annulation de mariage, sur le sexe d'une personne transsexuelle, cette question ne nous semble pas clairement résolue.

La solution retenue dans la décision examinée n'a été techniquement possible qu'à cause de la présence d'un seul parent biologique dans la vie de l'enfant. On a donc appliqué un remède inusité à un problème qui ne l'était pas moins. Ce jugement ne saurait donc avoir valeur de précédent. Les enfants de transsexuels pourront difficilement échapper aux inconvénients et tracasseries découlant de la transformation d'un de leurs parents biologiques. Une intervention législative spécifique pourrait permettre de modifier leur acte de naissance de manière à y faire apparaître le nouveau prénom du parent concerné. Mais le père demeurera tel, et la mère également.

Le transsexualisme est loin de faire l'unanimité de la science médicale. Si certains médecins y voient un formidable moyen d'exercer sa liberté et de rechercher son identité profonde, d'autres considèrent que le processus n'a pas encore dépassé le stade expérimental et doutent de sa moralité, compte tenu des séquelles de toutes sortes qui peuvent en découler. A notre avis, ce dilemme présente encore plus d'acuité lorsque des enfants sont en cause.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT DU PATIENT D'ÊTRE INFORMÉ : UN DROIT PROTÉGÉ PAR
LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Auteur(s) : François TOTH

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 161-174

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13547>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13547>

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT DU PATIENT D'ÊTRE INFORMÉ: UN DROIT PROTÉGÉ PAR LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

par François TOTH*

L'inviolabilité de la personne humaine est un droit fondamental. Bien avant les Chartes canadienne¹ et québécoise², bien avant l'article 19 du Code civil du Bas-Canada, cet axiome³ ne faisait aucun doute dans notre tradition juridique civiliste⁴. Une des conséquences de ce postulat est la nécessité qu'un patient consente à tout traitement médical ou examen. Dans le but de rétablir l'équilibre entre partie savante et profane et afin de permettre au patient de donner une autorisation valide⁵, exempte de toute erreur, la doctrine et la jurisprudence⁶ ont développé la théorie du consentement éclairé à l'acte médical⁷. S'il est exact de dire que l'obligation du médecin de

*. Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier pour leurs judicieux conseils les professeurs Robert P. Kouri, Louise Lussier et Luc B. Tremblay.

1. Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, Ch. 11 (R.U.) Ann. B dans L.R.C. (1985), App. II, no 44, Ann. B.
2. Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.
3. L. Mazeaud, «Les contrats sur le corps humain», (1956) 16 R. du B. 157.
4. A ce sujet: L. Baudouin, «La personne humaine au centre du droit québécois», (1966) 26 R. du B. 66; J.-L. Baudouin, «Corps humain et actes juridiques», (1976) 6 R.D.U.S. 387, 390; M. Caron, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?», (1978) 56 R. du B. Can. 197; F. Fortin et al., «Sanctions et réparations des atteintes au corps humain en droit québécois», (1975) 6 R.D.U.S. 150, 153; E. Groffier, «De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois», (1975) 6 R.D.U.S. 114, 123; F. Héleine, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) R. du B. 2, 4; A. Mayrand, L'inviolabilité de la personne humaine, Wilson et Lafleur Ltée, Montréal, 1975; F.R. Scott, «The Bill of Rights and Quebec Law», (1959) 36 R. du B. Can. 135.
5. B.M. Knoppers, «Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical», (1978) 19 C. de D. 893.
6. Dès le siècle dernier: Griffith v. Harwood, (1899) 9 B.R. 299.
7. Il s'agit aussi d'une obligation déontologique susceptible de sanction disciplinaire: Code de déontologie des médecins, c. M-9, r. 4, art. 2.03.28. «Sauf urgence, le médecin doit, avant d'entreprendre une investigation, un traitement ou une recherche, obtenir du patient ou de son représentant ou des personnes dont le consentement peut être requis par la loi, une autorisation libre et éclairée». Voir Weiss v. Solomon, (1989) R.J.Q. 731 (C.S.). Notons qu'il

renseigner et de conseiller son patient procède du contrat médical⁸, nous soumettons que depuis l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne⁹ le droit du patient à l'information a été élevé au rang de droit de la personne et doit jouir de la même protection que le principe de l'inviolabilité de la personne humaine.

A. Le droit du patient à l'information.

Plus généralement utilisé dans sa dimension collective («le droit du public à l'information»)¹⁰, le droit à l'information sert d'assise à la liberté de presse qui ne jouit toutefois pas d'une reconnaissance particulière dans la Charte. Dans cette acception, il signifie davantage la liberté d'informer. L'émetteur d'informations trouve ainsi la justification de son action dans les «droits» des récepteurs. De la même manière, le droit à l'information sert de norme d'appréciation lorsque l'on reproche à l'émetteur d'avoir abusé de sa liberté d'expression (par exemple, dans un cas de diffamation), le tribunal prenant alors en considération le droit du public de savoir¹¹.

Par ailleurs, le langage utilisé dans la Charte s'oppose à cette seule dimension collective et confère au droit à l'information une application individuelle. Il s'agit d'un droit dont la personne physique ou morale est détentrice¹². Mais quel en est le contenu exact? S'agit-il pour la personne d'un simple droit d'accès à l'information (par exemple, l'accès du patient à son dossier médical¹³) ou au contraire, d'un droit d'être informée imposant alors à d'autres l'obligation de renseigner? En fait, les deux solutions sont possibles à cause du «caractère programmatif» du droit à l'information¹⁴. Tout dépend en quelque sorte de cette «mesure prévue par la loi». Selon Pierre Trudel:

-
- s'agissait d'une obligation professionnelle bien avant l'adoption formelle d'un Code de déontologie prévue au Code des Professions, L.R.Q., c. C-26, arts 12 et 87. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, P.U.M., 1981, Montréal 1261 p., pp. 238 à 241 et pp. 576-577.
8. Schierz v. Dodds, (1986) R.J.Q. 2623 (C.A.), p. 2630; Chouinard v. Landry, (1987) R.J.Q. 1954 (C.A.), p. 1966. A. Bernardot, R.P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Les Editions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, 1980, pp. 112 ss.
 9. Supra, note 2. Ci-après appelée «la Charte».
 10. Le droit à l'information a été inséré dans la Charte suite aux suggestions des journalistes. Pierre Trudel, *Droit de l'information et de la communication*, Editions Thémis, Montréal, 1984, 595 pp., p. 14.
 11. Id., pp. 14-16.
 12. Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16, art. 61 (16). A ce sujet: Pierre Trudel et al., *Le droit à l'information*, P.U.M., Montréal, 1981, 454 p., pp. 279 ss.
 13. Levinson v. Royal Victoria Hospital, (1982) C.A. 548.
 14. P. Trudel, supra, note 10, p. 265.

«[les droits économiques et sociaux dont le droit à l'information] n'ont pas valeur d'obligation juridique, ils ne sont pas générateurs de droits subjectifs tant qu'ils n'ont pas été formellement inclus dans la législation et mis en oeuvre de façon concrète»¹⁵.

Si l'on peut désapprouver cette approche normative en matière de semblables droits de la personne, l'Etat fixant en définitive le moment, les modalités du contenu de même que les personnes auxquelles il reconnaîtra l'exercice du droit¹⁶, il faudra néanmoins se résigner à examiner les dispositions législatives et réglementaires¹⁷ afin de savoir si le patient ne jouit que d'un droit d'accès à l'information ou s'il est véritablement créancier d'une obligation d'informer¹⁸.

C'est à cette seconde catégorie qu'appartient le droit du patient à l'information. L'article 2.03.29 du Code de déontologie des médecins¹⁹, qui répond à la définition de «loi» au sens de la Charte²⁰, énonce que:

«2.03.29 Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences

15. Id., p. 266.

16. Id., p. 266.

17. Art. 56(3) de la Charte (voir la note 9).

18. Dans ce cas, ce serait une volonté de protection qui pourrait fonder les dispositions législatives imposant à certaines personnes l'obligation d'informer des individus. P. Trudel, *supra*, note 10, p. 286. Cet auteur cite à l'appui de son affirmation l'article 27 de la Loi sur la protection du malade mental, L.R.Q., c. P-41 qui impose au centre hospitalier où une personne est admise en cure fermée l'obligation de l'informer des droits et recours qui lui sont conférés par ladite loi. C'est aussi dans un but de protection, à notre avis, que la même loi impose, à son article 28, l'obligation à tout médecin qui traite une personne en cure fermée de l'informer ainsi que sa famille ou les personnes qui en prennent soin des mesures susceptibles de hâter son retour à la santé. On constate que l'obligation du médecin de conserver le secret professionnel cède le pas devant le besoin de maintenir ou préserver la santé de l'individu.

19. *Supra*, note 7.

20. Article 56 al. 3 de la Charte. A ce sujet, voir: L. Ducharme, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne», (1984) 44 R. du B. 955; raisonnement suivi par M. le juge Nolan (dissident) dans l'affaire *Cordeau v. Cordeau*, (1984) R.D.J. 20 (C.A.). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée le 4 juin 1984.

possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer».

Ce texte réglementaire jette un éclairage nouveau sur l'obligation du médecin d'informer son patient, obligation jusqu'ici explicitée par la doctrine et la jurisprudence. Le droit du patient à l'information est devenu un droit de la personne protégé par la Charte. Le patient a le droit de recevoir les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche. En cas de violation du droit du patient à l'information, le recours prévu à l'article 49 de la Charte lui est ouvert²¹.

A notre avis, ces textes législatifs et réglementaires changent le fondement juridique de l'obligation d'informer. Bien sûr, cette obligation s'impose au contrat médical en vertu de l'article 1024 du Code civil:

«Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi»²².

Mais l'obligation d'informer a aussi un fondement légal. Il s'agit à la fois d'une obligation contractuelle et d'une obligation légale²³. Ce fondement légal, l'obligation d'informer le tire de la combinaison de la Charte, du Code des professions et du Code de déontologie des médecins²⁴.

-
21. Art. 49: «Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.»
22. A ce sujet, l'article du Professeur P.-A. Crépeau considéré comme un classique: «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 R.B. Can. 1.
23. Brouillard v. Perron, (1989) R.J.Q. 569 (C.A.). Avec les conséquences que cela peut impliquer quant à l'option des régimes de responsabilité: Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co., (1981) 1 R.C.S. 578; Chouinard v. Landry, (1987) R.J.Q. 1954 (C.A.). Voir Forget v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, (1987) R.J.Q. 1273 (C.S.) pour un exemple où l'option de régime présentait un avantage évident.
24. «Il est surprenant de constater, à la lecture des principaux arrêts rendus au Québec, durant l'année écoulée, le peu d'importance que les plaideurs et les tribunaux semblent attacher aux textes législatifs, quant au fondement même de cette obligation. On s'applique davantage à rechercher une définition jurisprudentielle en

B. Etendue du droit du patient à l'information²⁵

Examinons le Code de déontologie des médecins afin de déterminer l'étendue du droit du patient à l'information.

1. La lecture combinée des articles 2.03.28 et 2.03.29 du Code de déontologie des médecins nous conduit à un curieux résultat. Le médecin doit obtenir l'autorisation libre et éclairée du patient avant tout traitement (art. 2.03.28) ce qui constitue un devoir exprès, imposé par la loi. Or, il n'a qu'à s'assurer que les explications nécessaires ont été fournies au patient (art. 2.03.29) ce qui laisse sous-entendre que les explications portant sur le traitement qu'il s'apprête à effectuer ont pu être données par quelqu'un d'autre, médecin, infirmière ou autre. Techniquement, c'est exact mais il serait téméraire pour un médecin traitant de simplement demander au patient s'il a préalablement reçu toutes les explications nécessaires. En effet, comment être vraiment convaincu de la suffisance de l'explication donnée par un tiers, fut-il médecin?

Cela ne signifie pas que le médecin traitant doit reprendre toutes les explications données par un collègue. En effet, au fil des consultations et de traitements prolongés, certains patients peuvent développer des connaissances médicales surprenantes. Par contre, le médecin traitant doit être raisonnablement convaincu que le patient détient l'information nécessaire pour donner une autorisation libre et éclairée.

2. Des explications doivent être données. De là découle la conséquence que le médecin ne doit pas simplement donner de l'information en général: il doit expliquer au patient. Et les explications doivent permettre au patient de consentir de façon libre et éclairée. Elles ne doivent pas viser à convaincre²⁶. Bien informé, le patient peut légalement refuser des soins. Un refus de soins, libre et éclairé, est valide en droit²⁷.

3. Les explications doivent être nécessaires pour donner une autorisation libre et éclairée selon le point de vue de la personne qui les donne, c'est-à-dire qu'elles doivent être scientifiquement exactes et

tendant de raffiner les principes mis de l'avant par la Cour suprême». M. Fauteux, P. Magnan, «Le consentement éclairé ou le devoir d'information», (1986) R.R.A. 139.

25. Voir A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *supra*, note 7, pp. 245-246 et pp. 576-580 pour une analyse des obligations des médecins en matière d'information en comparaison avec celles des autres corporations professionnelles.

26. Comité-médecins 2, (1980) D.D.C.P. 193.

27. A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, pp. 119-120.

conformes aux données acquises de la science (caractère objectif) ou si l'on préfère appréciées in abstracto. Ces explications doivent également être adéquates du point de vue de la personne qui les reçoit en ce qu'elles doivent être adaptées au patient lui-même et à son niveau d'éducation (appréciation in concreto)²⁸. Cependant, il ne faut pas croire qu'un faible niveau d'instruction justifie de donner moins d'informations au patient au motif que de toute façon il n'y comprendra rien, au contraire, une meilleure information doit être donnée c'est-à-dire une information plus accessible, mieux expliquée. Il est donc raisonnable d'exiger que le médecin s'assure qu'il a été compris²⁹. Cette obligation implique que le médecin doive faire des efforts raisonnables afin d'être compris et qu'il demande au patient s'il comprend les explications fournies. De cette façon, le médecin s'assure que le patient a reçu les explications nécessaires. Il ne peut s'agir selon nous que d'une obligation de moyens.

4. Le Code de déontologie des médecins³⁰ précise que le médecin doit donner les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer. Très tôt, la jurisprudence et la doctrine ont établi une distinction entre conséquences possibles et probables³¹ d'un traitement médical. Seules les conséquences probables ont à être divulguées par le médecin³². On pourrait maintenant affirmer que toutes les conséquences même celles qui ne sont que possibles, doivent être divulguées au patient. Il s'agit là d'un résultat pour le moins inattendu. L'obligation du médecin apparaît très onéreuse, compte tenu de la sanction qui s'attache à

28. *Dineen v. Queen Elizabeth Hospital*, (1988) R.R.A 658 (C.A.). Opinion du Juge Lebel. A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, p. 118. P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Editions Yvon Blais Inc., 1989, 232 p., p. 52.

29. Dans l'affaire *Reibl v. Hughes*, (1980) 2 R.C.S. 880 originaire des provinces de Common Law, un problème de langue était à la base de l'inexécution par le médecin de l'obligation d'informer. En effet, le patient, d'origine hongroise, n'était pas familier avec la langue anglaise et n'a pas compris les explications du médecin. Situation qui a fort peu de chance de se produire au Québec, l'art. 2.03.05 du Code de déontologie des médecins prévoyant que le médecin «... peut cependant, s'il juge que c'est dans l'intérêt médical du patient, adresser celui-ci à un médecin qui connaît la langue du patient.»

30. *Infra*, note 7.

31. *Brunelle v. Sirois*, (1975) C.A. 779 est un classique à cet effet. *Tremblay v. Ethier*, C.S. Mtl. 500-05-0081-00-72 le 27 octobre 1975. *Chouinard v. Landry*, (1987) R.J.Q. 1954 (C.A.) sur les possibilités de traitements. C'était la distinction dominante au Québec avant 1980: L. Potvin, *L'obligation de renseignement du médecin*, Cowansville, Y. Blais Inc. 1984, p. 46.

32. *Sunne v. Shaw et al.*, (1981) C.S. 609. *Gouin v. Perreault v. Villeneuve*, (1982) 23 C.C.L.T. 72; *Gendron v. Leduc*, (1989) R.R.A. 245 (C.A.).

l'atteinte à un droit de la personne. Cette obligation du médecin d'informer de toutes les conséquences possibles aurait virtuellement l'effet d'imposer sur le corps médical une obligation de résultat ce qui va à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence unanimes sur la question³³. En effet, s'il s'agissait d'une obligation de divulguer toutes les complications possibles, le médecin serait présumé en faute du seul fait de ne pas les avoir dévoilées. Bien que nous doutions que le Code de déontologie des médecins ait pu avoir pour résultat de modifier l'intensité de l'obligation du médecin³⁴, il serait opportun qu'il soit amendé afin de dissiper cet imbroglio³⁵.

5. La généralité des termes du Code de déontologie des médecins quant à l'obligation de renseigner implique qu'elle s'applique avec la même intensité tant en cabinet privé qu'en établissement³⁶ au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux³⁷.

6. En matière de soins thérapeutiques, l'obligation d'informer du médecin demeure sujette au devoir de protéger la santé et le bien-être du patient³⁸. Si bien qu'un médecin peut même se taire si l'information qu'il donnerait normalement au patient pourrait lui être préjudiciable³⁹.

-
- 33. Lefebvre v. Lamontagne, (1970) C.A. 471. Chouinard v. Landry, *supra*, note 31 (opinion du Juge Lebel).
 - 34. P.-A. Crépeau, *supra*, note 28, p. 52; A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *supra*, note 7, p. 242, note 750 et p. 345.
 - 35. On remarque l'usage du même adjectif («possible») dans le Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements c. S-5, r. 6 art. 52.1 qui dicte le contenu du document attestant le consentement du bénéficiaire à une anesthésie ou à une intervention chirurgicale. A cet effet, il serait souhaitable d'abandonner la dichotomie probable/possible et d'associer l'obligation d'informer à la gravité du risque comme nous le suggère le Juge Laskin dans Hopp v. Lepp, (1980) 2 R.C.S. 192 et Reibl v. Hughes, (1980) 2 R.C.S. 880. Les principes établis dans ces deux affaires (originaires des provinces de Common Law) en ce qui concerne la qualification des risques nous apparaissent compatibles avec notre droit civil.
 - 36. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *supra*, note 7, pp. 242 et 247.
 - 37. L.R.Q., c. S-5. Voir l'art. 52.1 du Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements établi par Décret 1320-84, (1984) 116 G.O. II, 2745 en ce qui concerne le consentement en milieu hospitalier. Pour le personnel infirmier: Code de déontologie des infirmières et infirmiers, c. I-8, r. 4, art. 3.03.02. Voir aussi A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *supra*, note 7, pp. 322 ss.
 - 38. Code de déontologie des médecins, *supra*, note 7, art. 2.02.01.
 - 39. Brunelle v. Sirois, *supra*, note 31. Reibl v. Hughes, *supra*, note 35. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *supra*, note 7, p. 245. Code de déontologie des médecins, *supra*, note 7, art. 4.02. L. Potvin, *supra*, note 31, pp. 65-66. A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, p. 126.

C. Violation du droit à l'information: sanctions et recours

Le patient a le droit de recevoir l'information nécessaire afin de pouvoir consentir au traitement proposé de façon éclairée. Quand un patient subit un dommage comme conséquence d'un traitement, on analysera notamment la responsabilité civile du médecin en se demandant si le patient a été adéquatement informé des risques et complications probables reliés à ce traitement. Le patient pourra prétendre qu'il n'a pas donné un consentement libre et éclairé et que s'il avait été mieux informé, il n'aurait pas consenti à la procédure médicale qui s'avère aujourd'hui dommageable. Une question fort délicate se soulève quand le patient tente d'établir le lien de causalité entre le dommage qu'il a subi et la faute dans le devoir d'information: l'information inadéquate est-elle la *causa causans* du dommage⁴⁰?

Nous soumettons qu'il s'agit là de la deuxième étape du raisonnement. A partir du moment où l'on reconnaît que le patient a un droit à l'information et que le médecin porte atteinte à ce droit reconnu par la Charte, le patient a un recours contre le médecin fautif fondé sur l'article 49 de la Charte en vertu duquel il peut obtenir la cessation de l'atteinte (ex: priver le patient de l'accès à son dossier) et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte⁴¹. Il est parfaitement possible qu'un patient soit privé de l'information à laquelle il a droit en vertu de la Charte sans pour autant subir de dommages corporels. Il s'agit, néanmoins, d'une atteinte à son droit à l'information et pour lequel il peut être indemnisé. En effet, être privé d'un droit reconnu par la Charte c'est un dommage moral compensable suivant les règles habituelles de la responsabilité civile même s'il peut être difficile d'évaluation⁴².

40. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, Editions Yvon Blais Inc., 1985, p. 184 est d'opinion que la violation du devoir d'informer ne peut être au mieux que l'occasion du dommage et non la cause du préjudice. Voir l'opinion des juges dissidents Taschereau et Rivard dans *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 37. Voir cependant R.P. Kouri, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) R. du B. 851; R.P. Kouri, «La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1987) 17 R.D.U.S. 1193.

41. J.-L. Baudouin, *ibid.*, p. 149.

42. Voir l'opinion du Juge Vallerand dans *Laferrière v. Lawson*, (1989) R.J.Q. 27 (C.A.) (en appel devant la Cour suprême du Canada) qui accorde \$5,000. comme dommages moraux consécutifs à la violation par un médecin de ses obligations de renseigner et de suivre. L. Perret, *De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit des contrats et de la responsabilité du Québec*, (1981) 12 R.G.D. 121, pp 133 et ss.

Ce n'est pas qu'il y ait deux fautes mais plutôt que la même faute cause deux dommages distincts et qu'il convient d'analyser la causalité pour chacun. En somme, il faut d'abord se demander si le droit du patient à l'information a été violé: si oui, c'est un premier dommage. Ensuite, et le cas échéant, on pourra se demander si le patient aurait consenti au traitement ou à l'examen dommageable eût-il été adéquatement informé: si non, c'est le deuxième dommage. Le deuxième dépend du premier, mais le premier peut être autonome.

Appliquons maintenant ce raisonnement à une espèce récente⁴³ que nous estimons typique de la situation jurisprudentielle actuelle. Dans cette affaire, une patiente consulte le médecin défendeur afin de subir une stérilisation par ligature tubaire. L'intervention s'est déroulée sans problème mais la demanderesse est devenue enceinte quelques mois plus tard et a accouché d'un quatrième enfant. La demanderesse reproche au médecin de ne pas l'avoir informée des aléas de cette méthode contraceptive (0,5% à 3% de chances de grossesse). Elle réclame \$75,000.00 en dommages-intérêts.

La seule faute reprochée est la violation du devoir d'information puisqu'aucune faute n'est reprochée quant à l'exécution de l'acte médical. La cour pose les questions en litige ainsi:

- 1- Le défendeur a-t-il informé adéquatement la demanderesse?
- 2- La demanderesse a-t-elle souffert de dommages suite à l'intervention du défendeur?

Quant à la première question, le tribunal répond par la négative. Mise à part la problématique de l'étendue de l'obligation d'informer en matière non thérapeutique⁴⁴, la cour opine que le médecin «... devait lui rappeler (à la patiente) qu'aucune méthode contraceptive n'est sûre à 100%. Ici, le tribunal estime que malgré le faible pourcentage d'échec, le défendeur devait en informer la demanderesse»⁴⁵. La chose est compréhensible: l'objectif de la patiente et de la procédure est une stérilisation définitive. Or, la fécondité postérieure à l'opération est une conséquence qui va à l'encontre de cet objectif. La patiente doit donc en être informée pour

43. Faucher-Grenier v. Laurence, (1987) R.J.Q. 1109 (C.S.).

44. Qu'on estime plus onéreuse qu'en matière thérapeutique: Barrette v. Lajoie, J.E. 85-853 (C.S.); Chaussé v. Desjardins, (1986) R.J.Q. 358 (C.S.); Dulude v. Gaudet, (1974) C.S. 618; Hamelin-Hankins v. Papillon, (1980) C.S. 879; Stevens v. Ackman, (1989) R.R.A. 109 (C.S.). A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, p. 121.

45. Loc. cit., note 43, p. 1114.

peser le pour et le contre et notamment décider si elle ne préférera pas une autre méthode contraceptive:

«Le défendeur a une obligation d'informer sa patiente sur l'opération qu'il va faire et, dans un cas où l'opération est faite dans le but d'assurer une stérilisation, il doit expliquer que ce n'est pas "garanti"»⁴⁶.

Même si le tribunal conclut que le défendeur a violé son obligation d'informer, sa faute n'a pas causé de dommage puisqu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances et dûment informée aurait quand même accepté d'être opérée⁴⁷.

Cela est peut-être exact mais à notre avis un dommage avait déjà été causé: la violation du droit du patient à l'information. Et il y a un lien de causalité direct entre la faute et ce dommage moral.

En fait, trois situations peuvent se rencontrer:

- A. Ou bien le droit à l'information a été violé et le traitement a été fait sans le consentement éclairé du patient, mais il s'avère que le patient (ou un patient raisonnable selon l'approche choisie) y aurait consenti de toute façon. Or, le traitement se révèle bénéfique pour le patient. Il y aurait alors lieu à compensation entre le préjudice moral et le bénéfice physique⁴⁸.
- B. Ou bien le droit à l'information a été violé et le patient subit un préjudice physique du traitement, mais sans qu'on puisse établir de lien de cause à effet entre ce préjudice physique et le défaut d'information. La violation du droit à l'information peut être sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts même nominaux. Par contre, le tribunal pourra exercer sa discrétion et mitiger les dépens en excluant les expertises médicales qui ne visaient que l'établissement du préjudice corporel.

46. Ibid.

47. Pour une critique de cette approche objective, R.P. Kouri, loc. cit., note 40.

48. Barrette v. Lajoie, J.E. 85-853 (C.S.). A. Bernardot, R.P. Kouri, supra, note 8, p. 147. J. et R. Savatier, J.-M. Auby, H. Péquignot, Traité de droit médical, Librairies Techniques, Paris, 1956, p. 299.

- C. Enfin, le droit à l'information a été violé et un préjudice physique résulte de cette violation. Le patient dispose alors d'un recours pour faire sanctionner cette atteinte et peut réclamer et des dommages moraux et des dommages matériels.

Le préjudice moral résultant d'une violation du droit du patient à l'information donne ouverture à un recours contre le médecin fautif. Et cela, peu importe qu'il subisse ou non un dommage corporel des suites du traitement ou de l'examen médical.

En conséquence, dans une action en responsabilité civile médicale pour défaut d'avoir obtenu un consentement éclairé du patient, le demandeur pourra réclamer une compensation pour le préjudice moral et physique résultant de l'atteinte illicite à son droit à l'information. Remarquons qu'il n'est pas question à ce stade d'atteinte intentionnelle de la part du médecin fautif puisqu'il ne s'agit pas d'une condition du recours fondé sur l'article 49 al. 1 de la Charte. Cependant, si cette atteinte est intentionnelle et illicite, et il n'est pas impossible d'imaginer un cas où un médecin ment intentionnellement à un patient soit pour cacher la vérité ou pour arracher un consentement⁴⁹, des dommages exemplaires pourront être accordés suivant l'article 49 al. 2 de la Charte.

L'approche ci-haut suggérée nous apparaît nécessaire afin que l'obligation du médecin d'informer son patient retrouve son véritable sens et ne soit pas sanctionnée uniquement dans les cas où un dommage corporel résulte de sa violation.

Car autrement, c'est faire de l'obligation d'informer une obligation secondaire ou accessoire. Prétendre que le patient n'a pas subi de dommage car il aurait décidé de toute façon de subir le traitement ou l'examen, information ou pas, c'est banaliser le droit à l'information reconnu comme un droit de la personne et finalement le ramener à la seule question de savoir si le traitement ou l'examen est

49. Les Professeurs Bernardot et Kouri ont relevé certains cas de mensonges médicaux en jurisprudence française: supra, note 8, p. 126.

médicalement indiqué. Si oui, on présumera que le patient y aurait consenti. Cela revient à dire que la décision de subir le traitement ou l'examen est une prérogative médicale ce que la Cour suprême du Canada a rejeté⁵⁰. Ce n'est certes pas ce que la Charte des droits et libertés de la personne vise en faisant du droit d'être informé un droit intrinsèque à l'individu destiné à assurer sa protection et son épanouissement⁵¹.

50. Hopp v. Lepp, (1980) 2 R.C.S. 192; Reibl v. Hughes, (1980) 2 R.C.S. 880.

51. Préambule, Charte des droits et libertés de la personne, supra, note 2.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CONTRATS ENTRE NON-PRÉSENTS ET CONTRATS ENTRE PRÉSENTS :
Y A-T-IL UNE DIFFÉRENCE?

Auteur(s) : Serge GAUDET
Robert P. KOURI

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 175-199

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13548>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13548>

Page vide laissée intentionnellement.

Chronique de droit civil

CONTRATS ENTRE NON-PRÉSENTS ET CONTRATS ENTRE PRÉSENTS: Y A-T-IL UNE DIFFÉRENCE?

par Serge GAUDET*
Robert P. KOURI**

Par ce commentaire, les auteurs discutent des différentes solutions mises de l'avant par la doctrine et la jurisprudence afin de déterminer le moment et le lieu de formation de contrat entre non-présents. Il est souligné que les solutions suggérées sont souvent contradictoires. Or, selon eux qu'il s'agisse d'un contrat inter absentes formé par correspondance ou par moyen de communication instantanée, ou d'un contrat entre présents, la solution devrait être toujours identique: le contrat est conclu lorsque l'offrant a connaissance actuelle ou présumée de l'acceptation.

In this commentary, the authors discuss the various solutions suggested by doctrine and jurisprudence in determining the moment and the place at which contracts between persons not in the presence of one another are formed. It is noted that the solutions retained are often contradictory. It is suggested that in fact, whether one is dealing with a contract inter absentes, entered into by correspondance or by instantaneous means of communication, or with a contract formed between persons in the presence of one another, the solution is identical: a contract is concluded when the offeror has knowledge, actual or presumed, of its acceptance.

* Avocat, Clarkson, Tétrault, Montréal.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

Les auteurs tiennent à remercier Me Nathalie Grégoire pour sa précieuse collaboration au niveau de la recherche.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	177
I. Le processus d'accord de volontés dans les contrats entre non-présents lorsque les parties utilisent un ou des moyens de communication qui ne sont pas instantanés	178
A) Solutions doctrinales	178
i) L'accord de volontés comme coexistence de deux volontés	179
ii) L'accord de volontés comme étant la rencontre de deux volontés	181
B) La solution jurisprudentielle: la théorie de la réception	184
i) La première époque: l'exigence de la communication de l'acceptation	185
ii) La deuxième époque: un renversement de la jurisprudence	186
iii) Troisième période: retour aux origines	188
II. Processus d'accord de volontés dans les contrats entre non-présents lorsque un ou des moyens de communication instantanés sont utilisés	193
III. Le processus d'accord de volontés dans les contrats entre présents	196
CONCLUSION	200

INTRODUCTION

La réponse à la question qui tient lieu de titre à cette chronique paraîtra évidente à quiconque a étudié le problème du processus de l'accord de volontés dans la formation des contrats. En effet, l'on se hâtera de répondre que la différence est de taille.

D'un côté, le processus de l'accord des volontés, lorsque les contractants sont en présence l'un de l'autre, est tout aussi simple qu'universellement admis: le pollicitant fera une offre qui, si elle rencontre les critères de fermeté et de précision requis, mènera à la conclusion d'un contrat dès que l'acceptant aura manifesté sa volonté de l'accepter.

D'un autre côté, le processus de l'accord de volontés, lorsque les contractants ne sont pas en présence l'un de l'autre¹, est loin d'être aussi simple et de faire l'unanimité. D'une part, des arrêts et des auteurs soutiennent qu'un tel contrat ne sera définitivement conclu que lorsque l'offrant a eu une connaissance réelle ou présumée de l'acceptation. D'autres argumentent au contraire que ces contrats seraient conclus, soit lorsque se manifeste la volonté d'accepter de l'acceptant, soit lorsque ce dernier fait parvenir son acceptation à l'offrant.

Bref, alors que tout serait simple et admis en ce qui concerne le processus de l'accord de volonté entre présents, tout semble voué à une éternelle complexité en ce qui concerne les contrats entre non-présents.

Or, nous croyons que cette différence n'existe pas en réalité: nous croyons que les mêmes règles s'appliquent que les contractants soient ou non en présence l'un de l'autre. De plus, et c'est cette prétention qui sera sans doute la plus surprenante, contrairement à ce qui semble admis par la doctrine et la jurisprudence, tant en France qu'au Québec, nous croyons que même dans les contrats entre présents, ce n'est pas l'acceptation d'une offre qui fait naître le contrat mais que celui-ci n'est parfait que lorsque l'offrant a connaissance de l'acceptation de son offre. Nous tenterons donc de démontrer que l'acceptation, dans tous les cas, ne clôt pas l'accord de volontés mais n'est que la seconde étape d'un processus qui en compte une troisième, la connaissance de l'acceptation par l'offrant.

1. Evidemment, il ne faut pas confondre le contrat entre non-présents et le contrat conclu par l'intermédiaire d'un mandataire puisque dans ce dernier cas, il s'agit bel et bien d'un contrat négocié par des personnes en présence l'une de l'autre, même si les parties ne le sont pas.

Ce faisant, nous espérons simplifier grandement, en les rendant pour la plupart non pertinents, les problèmes de plus en plus complexes et insolubles auxquels se heurtera nécessairement le droit québécois s'il persiste à établir une distinction entre les accords de volontés qui prennent place entre présents ou entre non-présents.

Notre démonstration se fera en trois étapes. Dans un premier temps, nous nous attarderons à démontrer qu'en matière de contrats entre non-présents où l'on utilise un moyen de communication qui n'est pas instantané², le droit québécois a finalement opté pour une conception de l'accord de volonté qui exige que l'offrant ait une connaissance, réelle ou présumée, de l'acceptation afin de parfaire l'entente. Ensuite, nous verrons qu'en ce qui concerne les contrats entre non-présents lorsqu'un moyen de communication instantané est utilisé (v.g. contrats par téléphone), le droit québécois considère que l'instantanéité du moyen de communication rendant ces contrats similaires à ceux conclus entre présents, l'accord de volontés est complet par la seule acceptation. Finalement, nous tenterons de démontrer, à l'aide d'exemples, qu'aucune raison n'existe pour traiter de façon différente le processus de l'accord des volontés dans les contrats entre présents de celui régissant les contrats entre non-présents et qu'ainsi la distinction entre les moyens de communication instantanés et non-instantanés n'a pas de raison d'être.

I. Le processus d'accord de volontés dans les contrats entre non-présents lorsque les parties utilisent un ou des moyens de communication qui ne sont pas instantanés

Afin de bien comprendre la position qu'a adoptée en cette matière la jurisprudence québécoise, il est utile de se rappeler les diverses solutions qu'a élaborées la doctrine.

A) Solutions doctrinales

La doctrine se divise en deux camps principaux qui s'opposent sur la notion même de ce que constitue un véritable «accord» de volontés. Chacun de ces camps se divise au sujet de deux solutions, la deuxième solution étant une atténuation de la première pour des raisons d'ordre pratique. Il y a donc quatre possibilités en tout mais qui doivent être étudiées par paires.

2. Nous entendons par «moyen de communication instantané», tout mode de transmission d'une information pour lequel le laps de temps entre l'envoi du message par l'émetteur et sa réception par le récepteur est négligeable. L'exemple le plus typique est la conversation téléphonique.

i) L'accord de volonté comme coexistence de deux volontés

Pour les tenants de cette première école, l'accord de volonté n'est rien de plus que la simple coexistence de deux volontés portant sur le même objet. Les personnes dont émanent ces volontés n'ont pas à connaître la volonté de l'autre: pour qu'il y ait «accord» de leur volontés respectives, il faut mais il suffit que celles-ci portent au même moment sur la même chose. Dans ce cas, le contrat se sera formé au moment et à l'endroit où l'acceptant manifeste, en l'extériorisant, sa volonté d'accepter. On l'appelle donc la théorie de la déclaration³.

Cette théorie n'est pas sans séduire, car elle se base tout simplement sur une application littérale de la description classique⁴ du processus de l'accord de volonté dans le cas des contrats entre présents: dès l'acceptation, le contrat est conclu puisqu'il y a dès lors accord de volonté. Elle comporte néanmoins deux faiblesses.

La première concerne le droit de la preuve: la théorie de la déclaration met l'offrant à la merci de l'acceptant en ce qui concerne la preuve de la conclusion du contrat. En effet, il est fort possible qu'après avoir manifesté son intention d'accepter (par exemple, en écrivant qu'il accepte l'offre), l'acceptant change d'idée et désire ne plus être lié par le contrat. Il n'aura qu'à détruire le papier sur lequel il avait extériorisé son acceptation pour que l'offrant ne sache jamais que le contrat était bel et bien conclu.

Pour rétablir un certain équilibre entre les contractants, il faut apporter une modification à la théorie de la déclaration. De façon à ce que l'offrant puisse obtenir lui aussi une preuve de la conclusion du contrat, posons que le contrat ne sera parfait que lorsque l'acceptant se dessaisira de son acceptation en l'expédiant, par quelque moyen que ce soit, à l'offrant. Ainsi, l'offrant, tôt ou tard, devant normalement recevoir la preuve de la manifestation de volonté de l'acceptant, ce dernier ne pourra que difficilement nier celle-ci. C'est la théorie de

-
3. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil-Les obligations*, t.I, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, no. 117 à 124, pp. 114 à 122; sans être aussi catégorique R. Beudant, *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau & Cie, 1936, no. 84-92, pp. 60-66, semble néanmoins sympathique à cette thèse. M. Laborde-Lacoste, *Exposé méthodique de droit civil*, t.2, Paris, Sirey, 1947, no. 91, pp. 37-38; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.XII, Paris, Sirey, 1906, no. 37 à 40, pp. 56-69; C. Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t.24, Paris, Imprimerie Générale, 1877, no. 61-75, pp. 57-78;
4. Mais erronée selon nous, voir infra aux pp. 182-183.

l'expédition⁵. Ce qu'il faut noter, c'est que cette dernière théorie, tout en étant différente de celle de la déclaration, lui ressemble sur un point fondamental: elle aussi partage la conception d'un «accord» de volonté comme n'étant que la simple coexistence de deux volontés portant sur le même objet. En effet, avec la théorie de l'expédition, le contrat sera conclu avant que l'offrant sache que son offre a été acceptée.

C'est là la deuxième faiblesse de la théorie de la déclaration, qui est donc aussi celle de la théorie de l'expédition,: elle conçoit l'accord de volontés comme ne nécessitant nullement une rencontre de volontés. L'on peut ainsi être lié par un contrat sans savoir que son offre a été acceptée. Peut-on alors parler d'un «accord» de volontés? Comme l'a justement remarqué Gaudemet:

«[C]e qui importe, c'est de savoir ce que les parties entendent par concours de volontés produisant des effets juridiques. Nous venons de voir que ce n'est pas le concours métaphysique de deux volontés dont l'une ignore l'autre, c'est le concours conscient de deux volontés qui, réciproquement, se connaissent»⁶.

C'est cette seconde critique, beaucoup plus fondamentale, qui a amené certains à proposer une autre thèse.

ii) L'accord de volontés comme étant la rencontre de deux volontés

Pour les auteurs qui ont formulé cette autre théorie, le processus de l'accord de volontés dont dépend la formation du contrat ne peut se

-
5. J.B. Duvergier, *Le droit civil français*, t.1, Paris, Renouard, 1835, pp. 57-58; V. Marcadé, *Explications Théoriques et pratiques du Code Civil*, t.4, 2^e éd., Paris, Delamote, 1873, no. 395, p. 360; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, passim; C. Lyon-Caen et L. Renaud, *Traité de droit commercial*, t.3, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1923, no. 25-28, pp. 22-29; A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, t.2, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1924, pp. 273-74; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1924, pp. 469-71; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t.II, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939, no. 51-54, pp. 32-36; H.L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t.II, Vol.I, 7^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1985, no. 139 à 146, pp. 126-133; J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t.2, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, no. 243 à 256-1, pp. 272-281; H. Turnbull «Revocability of acceptance in correspondence contracts» (1930) 8 C.B.R. 615; E. Vipond, «Obligations arising from contracts», (1945) R du B. 472-76; A. Kahn, «Contracts by correspondence», (1959-60), 6 McGill L.J. 98.
 6. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, pp. 47-48.

concevoir autrement que par une véritable rencontre de volontés: la simple coexistence de deux volontés n'est pas suffisante: pour qu'il y ait «accord» de volontés, ces dernières doivent se rencontrer en un lieu et à un moment donnés et le contrat ne saurait être considéré conclu avant que cette rencontre n'ait eu lieu. En conséquence, le contrat ne sera parfait qu'au lieu et au moment où l'offrant prendra connaissance de l'acceptation: c'est la théorie de l'information⁷.

A l'instar de la théorie de la déclaration, celle de l'information met également l'un des contractants à la merci de l'autre. Alors que pour les raisons déjà mentionnées, la théorie de la déclaration met l'offrant à la merci de l'acceptant, celle de l'information renverse les rôles. En effet, puisque le contrat ne sera pas conclu tant que l'offrant n'aura pas pris connaissance de l'acceptation, le pollicitant ayant changé d'idée quant à l'opportunité de conclure l'entente n'aura qu'à éviter de prendre connaissance de l'acceptation pour que le contrat ne puisse naître. Par exemple, il n'ouvrira pas la lettre que l'acceptant a postée ou il refusera d'écouter les messages qu'aurait pu laisser sur son répondeur l'acceptant. Et même s'il le faisait, la preuve de ce fait demeurerait toujours pour le moins problématique.

Encore une fois, ces considérations de preuve obligent à apporter à la théorie de l'information une atténuation de façon à remettre sur un pied d'égalité nos deux contractants. Présumons donc que l'offrant prend connaissance de l'acceptation dès qu'il a la possibilité d'en prendre connaissance, c'est à dire dès qu'il l'aura reçue. La théorie de la réception décide donc que le contrat est conclu au lieu et au moment où l'offrant a reçu l'acceptation, puisque celui-ci est alors présumé en avoir dès lors pris connaissance⁸.

-
7. C. Toullier, *Le droit civil français*, t.6, 2^e éd., Paris, Warée, 1819, p. 32; M. Troplong, *De l'échange et du louage*, Bruxelles, Méline, Cans et Cie, 1841, no. 105, p. 69; M.L. Larombière, *Traité théorique et pratique des obligations*, t.I, Paris, 1885, no. 21, pp. 18-22; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t.XII, 4^e éd., Paris, éd. B.C. et C., 1887, no. 479, pp. 550-53; A. Hudelot et E. Metman, *Des obligations*, Paris, Sirey, 1908, no. 45, pp. 35-37; R. Demogue, *Traité des obligations*, t.II, Paris, éd. Rousseau, 1923, no. 572-580, pp. 212-231; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.VI, *Obligations*, par P. Esmein, Paris, L.G.D.J., 1952, no. 155-165, pp. 182-198; F. Langelier, *Cours de droit civil*, t.3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907, p. 373; P.B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t.5, Montréal, éd. Théorêt, 1901, p. 198.
 8. M. de Labarre, «La formation du consentement» in *La formation du contrat - L'avant-contrat*, t.I, Paris, Imp. A. Rey, 1964, pp. 74-80; E. Gaudemet, *op.cit.* note 6, pp. 42-51; P. Guiho, *Cours de droit civil*, t.4, Lyon, L'Hermès, 1979, no. 47-52, pp. 34-36; C. Larroumet, *Droit civil - Les obligations*, t.III, Paris, Economica, 1986, no. 276 à 287, pp. 244-251; P. Magnan, «Du contrat par correspondance», (1957-58) 8 *Thémis* 20.

Ce qu'il faut noter c'est que, tout comme les tenants des théories de l'expédition et de la déclaration partagent la même notion de l'«accord de volontés» comme étant une simple coexistence de celles-ci, ceux des théories de la réception et de l'information, au contraire, estiment que le contrat n'est conclu que lorsque l'offrant a eu une connaissance, réelle ou présumée, de l'acceptation. Plus qu'une coexistence de volontés, il y a dans ce dernier cas, une véritable rencontre de volontés.

Les partisans de l'accord de volontés comme simple coexistence n'ont pas manqué de critiquer ceux qui prétendent que la rencontre de volontés est la condition sine qua non de la conclusion du contrat. Selon eux, lorsque les contractants ne sont pas en présence l'un de l'autre, il est impossible qu'il y ait véritablement «rencontre» de volontés. En effet, lorsque l'offrant apprend que l'acceptant a accepté, l'acceptant, lui, ne sait pas que l'offrant sait qu'il a accepté... et ainsi de suite ad infinitum. Il n'y aura donc, dans ces cas, jamais de véritable rencontre de deux volontés qui se connaissent mutuellement⁹.

Cet argument, malgré son élégance, ne nous convainc pas. En effet, il y a tout un monde de différence entre l'incertitude de l'offrant qui ne sait pas si son offre a été acceptée et celle de l'acceptant qui, bien que n'étant pas certain que son acceptation est connue de l'offrant, a néanmoins toutes les raisons de croire que celle-ci le sera tôt ou tard. En d'autres termes, la conclusion du contrat ne saurait constituer une surprise pour l'acceptant, alors que pour l'offrant, elle demeure intrinsèquement imprévue puisqu'il ne sait pas si l'acceptant acceptera¹⁰.

Aussi, la critique de la régression à l'infini n'est pas valable puisqu'elle ne tient pas compte de la différence de nature qui sépare l'ignorance de l'offrant de celle de l'acceptant. Dans le premier cas, l'offrant ignore l'existence même de la volonté de l'acceptant, alors que l'acceptant, conscient de la volonté de l'offrant et, évidemment, de la sienne propre, a une connaissance personnelle de ces deux volontés. Décider que le contrat ne sera conclu que lorsque l'offrant aura connu (ou du moins qu'il aura reçu) l'acceptation, c'est uniquement faire en sorte que le contrat ne soit définitivement conclu qu'au moment où

9. J. Valéry, op.cit. note 5, p. 161; L. Josserand, op.cit. note 5, no. 53, p. 34; V. Marcadé, op.cit. note 5, no. 395, p. 360; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, op.cit. note 3, no. 37, p. 59; H.L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op.cit. note 5, no. 146, p. 131-32.

10. G. Masse, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t.3, 2^e éd., Paris, Durand, 1862, no. 1453, p. 34; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique du droit civil: De la vente et de l'échange*, 3^e éd., Paris, Larose, 1908, no. 36, pp. 27-28; R. Demogue, op.cit. note 7, no. 576-77, pp. 219-23; E. Gaudemet, op.cit. note 6, p. 48.

l'offrant aura lui aussi le bénéfice de connaître les deux volontés qui, ensemble, vont faire naître le contrat.

On le voit bien: la théorie de l'information, et sa version pragmatique, la théorie de la réception, mettent ainsi sur un pied d'égalité l'offrant et l'acceptant à propos de ce qui compte vraiment: la connaissance de l'existence des deux volontés créatrices du contrat. Ce n'est donc qu'à compter de ce moment que l'on peut parler de la rencontre de deux volontés qui se connaissent.

Le choix est donc simple: pratiquement l'on optera soit pour la théorie de l'expédition si notre conception de l'accord de volontés n'en fait que deux volontés qui coexistent ou soit pour la théorie de la réception, si l'on conçoit plutôt celui-ci comme une rencontre de volontés¹¹.

C'est cette dernière thèse que nous retenons et c'est celle, à notre avis, qu'a retenue la jurisprudence québécoise, tel que nous le verrons dans la prochaine section.

B) La solution jurisprudentielle: la théorie de la réception

Le choix de la théorie de la réception par nos tribunaux ne s'est pas fait sans difficultés. Trois périodes sont à distinguer.

11. Notons que ce choix n'est aussi simple que dans la mesure où l'on accepte que la seule conception de l'accord de volontés doit résoudre toutes les questions: c'est ce qu'on a appelé l'attitude moniste. Toutefois, étant donné les nombreuses difficultés que posent le problème des contrats entre non-présents, certains auteurs français ont adopté une attitude dualiste ou même parfois pluraliste du problème: la solution variera selon le problème à résoudre (moment de formation? lien de formation? compétence juridictionnelle? possibilité de rétractation? etc...) Voir, J.L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, no. 410-420, pp. 378-392; Ph. Malaurie, note sous Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1960, D.1961.417; J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations*, Vol.I, Paris, éd. A. Colin, 1975, no. 162-178, pp. 112-122; B. Starck, *Droit civil: obligations*, t.II, 2^e éd., Paris, Litec, 1986, no. 287-318, pp. 100-110; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil: les obligations*, Paris, éd. Cujas, 1985, no. 255-56, pp. 184-187. Au contraire du droit français, le droit québécois n'a pas cru bon de dissocier la solution de ces divers problèmes, il a toujours tenté de les régler uniquement par la notion de l'accord de volontés, il a donc adopté une attitude moniste que nous n'entendons pas critiquer. Les thèses dualistes et pluralistes sont aussi complexes qu'encombrantes et tombent finalement dans une casuistique peu conciliable avec la théorie juridique. Il y a dans l'attitude moniste une simplicité et un souci de cohérence que nous ne pouvons qu'approuver.

i) La première époque: l'exigence de la communication de l'acceptation

Après quelques faux départs¹², la jurisprudence québécoise opte pour l'exigence de la communication de l'acceptation à l'offrant. Dans *Underwood v. Maguire*¹³, le juge Wurtele, écrivant pour ses collègues Baby et Blanchet, était d'avis que:

«It is... necessary for the completion of an agreement that the acceptance of the offer has become known to him who made it (...). The contract is only formed at the moment when both parties are aware that they have mutually consented to an agreement based on the proposition.

(...)

To form a contract, it is not sufficient that the will of both parties should co-exist, it is necessary that there should be a concurrence or joint accord, and for this concurrence to exist it is necessary that the proposer should know that his offer has been accepted, so that there should be a blending of intention at a given moment...»¹⁴

Toutefois, les juges Hall et Bossé différaient d'avis. Ce dernier, écrivant au nom des deux, fait mention de la doctrine divisée en France, mais ajoute que, selon lui, la théorie de l'expédition est plus conforme aux intérêts du commerce, la preuve en étant que «la jurisprudence en Angleterre et aux Etats-Unis, les deux plus grands pays commerciaux du monde, est maintenant fixée en ce sens»¹⁵.

12. *Clark c. Ritchey* (1863), 9 L.C.J. 234; *Gannon c. Sauvé* (1887), 10 L.N. 211; *Gratton c. Brennan* (1887), 15 R.L. 713. Ces arrêts, aux faits similaires, décident que lorsque des commandes sont acceptées et, qu'en conséquence, le marchand fait livrer les marchandises, le contrat est conclu au lieu et au moment où s'est produit cette acceptation telle que manifestée par l'envoi des marchandises.

13. (1895), [1897] 6 B.R. 237 (ci-après «*Underwood*»).

14. *Ibid.* à la p. 247.

15. *Ibid.* à la p. 244.

La jurisprudence québécoise allait, par la suite, se conformer à la décision majoritaire de la Cour d'appel¹⁶.

ii) La deuxième époque: un renversement de la jurisprudence

Avec l'affaire *Magann c. Auger*¹⁷, la Cour suprême, pour la première fois, avait à se pencher sur la question de la formation du contrat inter absentes. Une offre ayant été postée de Québec à Toronto, l'acceptation fut postée de Toronto à Québec. Le contrat avait-il été conclu à Toronto ou à Québec? Cette question se soulevait à l'occasion d'une exception déclinatoire, l'action ayant été intentée à Québec.

La Cour supérieure et la Cour d'appel rejetèrent l'exception déclinatoire au motif que par ses actes, le défendeur s'était volontairement soumis à la juridiction du tribunal. Rejetant cette prétention, le juge Taschereau, rendant le jugement de la Cour suprême, eût donc à se prononcer sur le fond de la question.

Il suivit alors à la trace le raisonnement du juge Bossé, dissident dans *Underwood*. Il commence par expliquer que, quoique la doctrine majoritaire en France opine que l'acceptation doit avoir été communiquée à l'offrant pour que l'on puisse considérer le contrat conclu, il lui semble que le raisonnement des auteurs minoritaires est plus logique. Il résume ainsi leur argument principal:

«If it were required for the aggregatio mentium necessary to create mutuality of obligations in a contract made by correspondence that the party who has made the offer has received the acceptance of his offer, it would follow that the party accepting should himself not be bound till he is informed that his acceptance has reached the party offering. It is obviously of the greatest importance to the commercial community that such a doctrine should not prevail»¹⁸.

Et, il ajoute, dévoilant probablement là le véritable motif de la décision de la Cour:

16. *McFee c. Gendron* (1889), 18 R.L. 230; *Beaubien Produce & Milling Co. c. Robertson* (1900), 18 C.S. 429; *Hislop c. Bernatz* (1901), 3 R.P. 451; *Reeves c. McCulloch* (1901), 4 R.P. 285.

17. (1901), 31 R.C.S. 186 (ci-après «*Magann*»).

18. *Ibid.*, à la p. 193.

«We declare the law to be in the Province of Quebec upon the same footing as it stands in England, and in the rest of this dominion...»¹⁹

Le renversement par rapport à Underwood était complet. La jurisprudence québécoise, non sans quelques réticences²⁰, se plia à la nouvelle conception de l'accord de volontés que lui imposait la Cour suprême²¹. Comme l'a écrit W.F. Chipman, après l'affaire Magann, :

«We may now take it as the law all over Canada that, in any contract by correspondence, whether letter or telegram be the mode of transmission, (...) the acceptor has bound both himself and the offeror when he has dispatched the expression of his will»²².

iii) Troisième période: retour aux origines

En 1927, nouveau coup de théâtre. Dans *Charlebois c. Baril* (ci-après *Charlebois*)²³, une offre fut envoyée par messenger et l'acceptation fut postée. Après que cette acceptation fut mise à la poste mais avant qu'elle arrive à destination, une révocation de l'offre parvient à l'acceptant. Y'avait-il eu conclusion du contrat avant cette révocation? La Cour d'appel, appliquant les principes de l'affaire Magann décida que le contrat s'était conclu dès la mise à la poste de l'acceptation²⁴. La Cour suprême, infirma cette décision et prit résolument parti pour la théorie de la réception. Le juge Anglin, parlant au nom de ses collègues Mignault, Newcombe, Rinfret et Lamont, va même jusqu'à écrire que l'arrêt Magann ne dit pas vraiment ce qu'il semble vouloir dire. Contrairement à ce que toute la jurisprudence a compris, l'arrêt Magann

19. Ibid., à la p. 193.

20. Voir, les réticences, ou même le refus total, de certains juges d'appliquer cette nouvelle conception de l'accord de volontés: *Ward c. Johnston* (1903), 5 R.P. 123; *Borgfield c. La Banque d'Hochelaga* (1905), 28 C.S. 344; *Butler c. Mechanical Equipment Co. of Canada* (1912), 22 K.B. 530; *Fecteau c. McLandress* (1921), 59 C.S. 470.

21. *Ward c. Johnston*, supra, note 20; *Schmidt c. Crowe* (1903), 5 R.P. 361; *Timossi c. Palangio* (1904), 26 C.S. 70; *United Shoe Co. c. Caron*, (1904), 11 R. de J. 59; *Beaudoin c. Watterson* (1910), 19 K.B. 530; *Butler c. The Mechanical Equipment Co. of Canada*, supra, note 20; *Paquet c. Balcer* (1913), 44 C.S. 36; *Bell c. Chase & Co.* (1916), 22 R.L. n.s. 438; *Laferté c. Martel* (1917), 19 R.P. 249; *Gagnon c. Labrecque* (1919), 25 R.L.n.s. 376; *Sherwin c. Quebec Fish and Fruit Exchange Ltd.* (1925), R.P. 387 (B.R.); *Charlebois c. Baril* (1926), 43 C.B.R. 295.

22. «Some Aspects of Business by Telegrams», (1908) 28 Canadian Law Times 817, à la p. 823.

23. (1927), [1928] R.C.S. 88.

24. *Charlebois c. Baril*, supra, note 21, p. 310.

consacrerait, en fait, la théorie de la réception. Il est utile de citer au long la partie la plus importante du jugement:

«The courts below (...) regarded the judgment of this Court in *Magann v. Auger* as determining that the mailing of the plaintiff's letter of acceptance to the defendant constituted communication of it to him.

With great respect this is an erroneous view of the scope and effect of the decision of this Court. That case was one of contract by correspondence, i.e., the offer was sent by mail and that was held to constitute a nomination by the sender of the post office as his agent to receive the acceptance for carriage to him. (...) But this decision has no application to a case where the offer is communicated, as here, not by mail, but by another means. To make a contract the law requires communication of offer and acceptance alike either to the person for whom each is respectively intended, or to his authorized agent»²⁵.

Ce qu'il faut noter de ce passage, c'est qu'il renferme trois idées connexes mais distinctes. La première, qui est le principe général, c'est que le contrat n'est pas conclu tant que l'acceptation n'a pas été communiquée à l'offrant. La deuxième, qui est une simple application du mandat, c'est que l'acceptation peut être reçue par l'offrant lui-même ou par un tiers à qui il a confié, expressément ou implicitement, le mandat de recevoir l'acceptation en son nom. A ce moment-là, la réception de l'acceptation par le mandataire vaut évidemment réception par l'offrant lui-même: qui agit per alium agit per se²⁶. La troisième, c'est qu'à moins de stipulation au contraire, l'offrant est présumé nommer la personne qu'il utilise pour faire parvenir son offre à l'acceptant comme mandataire pour recevoir, en son nom l'acceptation.

Donc, en toute hypothèse, il faudra que l'acceptation ait été reçue par l'offrant (ou par son agent, exprès, implicite ou présumé) pour que l'accord de volontés soit complété. Au niveau des principes, l'arrêt Charlebois est donc bel et bien un retour à la décision majoritaire dans *Underwood* et consacre donc, dans notre droit, la thèse de la rencontre

25. Charlebois, *supra*, note 23, p. 89.

26. Art. 1727 C.c.B.-C.

des deux volontés qui se connaissent en rejetant celle des volontés qui ne font que coexister. L'on aura inventé la notion d'«agent présumément autorisé» pour tenter de réconcilier, a posteriori, les affaires Magann et Charlebois. Dans Magann, si la Cour a décidé que le contrat s'était conclu lorsque l'acceptation fut mise à la poste, c'est uniquement parce que l'offre ayant été envoyée par la poste, l'offrant était ainsi présumé avoir mandaté le service canadien des Postes pour recevoir, en son nom, l'acceptation. Aussi, dès que l'acceptation était mise à la poste, elle était reçue par le mandataire de l'offrant. C'est cette réception de l'acceptation par l'offrant, par le biais de son mandataire, qui complétait le processus de l'accord des volontés.

Cette relecture de Magann indique donc bel et bien que la Cour suprême, dans Charlebois, a voulu adopter la théorie de la réception comme principe général. Par ailleurs, elle ne peut masquer le fait que Charlebois opère le renversement complet de la thèse défendue dans Magann. Contrairement à ce qu'en dit le Juge Anglin dans l'affaire Charlebois, il est impossible de lire autre chose dans les motifs du Juge Taschereau dans Magann qu'un refus pur et simple de la thèse voulant que l'accord de volontés se complète par la connaissance par l'offrant de l'acceptation²⁷.

Après Charlebois, la jurisprudence québécoise a immédiatement changé son fusil d'épaule et est, en conséquence, revenue à la notion de l'accord de volontés qu'avait consacrée l'affaire Underwood. Elle a aussi considéré qu'il fallait présumer que dès la réception de l'acceptation par l'offrant, celui-ci était informé de cette acceptation, adoptant donc la théorie de la réception. Elle a donc pris bien soin de vérifier quand cette réception avait eu lieu et si elle n'avait pas été le fait d'un agent, expressément, implicitement ou présumément autorisé par l'offrant²⁸.

27. Magann, supra, note 17, p. 193.

28. Renfrew Flour Mills c. Sanschagrin (1928), 45 B.R. 29; Association Pharmaceutique de la Province de Québec c. Eaton Co. (1931), 50 B.R. 482 (voir les opinions des juges Dorion et Rivard, contra: opinion du juge Lafontaine); Gagnon c. Fonderie de St-Anselme (1932), 36 R.P. 40; Allaire c. Lamontagne (1933), 72 C.S. 69; Duquette c. Schering (1938), 44 R.L. n.s. 422; Premier Trust Co. c. Turcotte (1938), 64 B.R. 401; Verdun Realities Co. c. Lajoie (1947), [1948] C.S. 148; Poulin c. Regent Lumber Co. (1950), [1951] R.P. 188, inf. par la Cour d'appel sans motifs publiés, [1951] B.R. 782; Canada Concrete Products Inc. c. Ville de Nicolet [1953] R.P. 432; Milinkovich c. Canadian Mercantile Insurance Co. [1960] R.C.S. 830; Clerk Windows Ltd. c. Rubatex Corp. (1964) [1965] R.P. 276; Godin c. Leblanc [1970] C.S. 46; Hunter c. Vandervoore [1972] R.P. 414; In Re Witt: Bissell c. Zwaig, résumée à [1975] C.A. 853; Les Industries Vanox Ltée c. Les Produits Alcan Canada Ltée [1980] C.S. 490.

On pourrait donc croire que la question était définitivement réglée en faveur de la théorie de la réception. Toutefois, tout n'est pas si simple.

Premièrement, tel que nous l'avons mentionné, l'on a continué à parler de l'application de la théorie de l'expédition même dans les cas où, par application de la thèse de l'agent autorisé, dans les faits on se trouvait à appliquer la théorie de la réception. Cette mauvaise terminologie est sans conséquence dans la mesure où l'on comprend bien que c'est la réception qui compte même lorsqu'elle se trouve à être concomitante avec l'expédition²⁹.

Plus sérieuse est la confusion, trop souvent faite, entre l'«agent autorisé» et le moyen de communication utilisé. Il ne faut pas croire en effet, que les arrêts Magann et Charlebois établissent le principe que lorsque le même moyen de communication est utilisé, alors il faut appliquer la théorie de l'expédition alors que lorsque des moyens différents sont utilisés, il faudrait appliquer la théorie de la réception³⁰. En effet, tel que démontré ci-dessus, il n'est pas important que le moyen de communication soit le même ou non, il faut plutôt déterminer, si tant est qu'il y en ait une, qui est la personne qui est l'«agent autorisé» de l'offrant pour recevoir en son nom l'acceptation. Or, un moyen de communication n'est pas une personne et, partant, ne peut évidemment pas être nommé mandataire par l'offrant pour recevoir en son nom l'acceptation.

29. Parler, en ce cas, d'application de la théorie de l'expédition est erroné puisque tel que nous l'avons démontré, ce n'est pas l'expédition de l'acceptation qui compte mais bien la réception de celle-ci par l'agent autorisé de l'offrant. La raison de cette confusion réside dans le fait que lorsque l'acceptant accepte via l'agent autorisé, l'expédition de l'acceptation est évidemment concomitante à la réception par l'agent. Toutefois, au niveau des principes, il est important de comprendre que, quoique concomitantes, c'est la réception par l'offrant qui complète le contrat, pas l'expédition par l'acceptant.

30. Pour des exemples de cette interprétation des affaires Magann et Charlebois voir: J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1989, no. 113-118, pp. 104-107; J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance*, t.1, Sherbrooke, Editions SEM Inc., 1989, pp. 206-211; J. Ghestin, *Le contrat: dans le nouveau droit québécois et en droit français: principes directeurs*, Montréal, Institut de droit Comparé, Université McGill, 1982, pp. 145-47; Office de Révision du Code Civil, *Rapport sur le Code Civil du Québec*, Volume II, t.2, Québec, Editeur officiel, 1977, p.610, cf. infra, note 48; Angers c. Burger Plywood Ltd. [1967] R.P. 378; J.P. Marketing Inc. c. Continental Information System, J.E. 84-589; Simpson-Sears Ltd. c. Sous-Ministre du Revenu [1983] C.P. 126 inf. par Sous-Ministre du Revenu c. Simpson-Sears Ltd. (1986) R.L. 37 (C.A.).

Ce n'est donc pas le service des postes ou le service télégraphique qui peut être un «agent autorisé», ce ne peut être que la personne, morale ou physique, qui est propriétaire du réseau de communication. Si notre interprétation de l'arrêt Charlebois, est exacte, on est alors face à la simple superposition des principes du mandat à la théorie de la réception³¹, même s'il est vrai qu'il soit très artificiel de présumer que l'offrant nomme mandataire, pour recevoir l'acceptation, en son nom, la personne dont il requiert les services pour envoyer son offre³².

-
31. Cette interprétation est d'ailleurs celle de la très grande majorité des arrêts et des auteurs. Voir en plus des arrêts cités à la note 28, Louis Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, pp. 663-65; M. Jetté, «L'affaire Colmenares», (1966) 1 R.J.T. 279, 283; A. Kahn, *op.cit.* note 5, p. 112-13; A. Larouche, *Les obligations*, t.I, *Théorie générale des contrats; quasi-contrats*, Ottawa, éd. U. d'Ottawa, 1982, no. 113, pp. 126-28; G. Mure, «Les contrats entre absents: acta est fabula», 1970 R.D.U.S. 159; J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988, pp. 78-82.
32. En effet, s'il est possible pour l'offrant de nommer expressément ou implicitement, quelqu'un devant recevoir l'acceptation en son nom, ce qui est un véritable contrat de mandat, il est pour le moins embêtant de considérer que celui qui n'a pour seule fonction de transporter un message, sans, le plus souvent, en prendre connaissance, soit le mandataire de l'offrant pour recevoir l'acceptation en son nom: il y a là confusion certaine entre le «mandat» et le «louage de services». Voir à ce propos l'opinion du juge Dorion dans l'affaire *Ass. Pharmaceutique de la Province de Québec c. Eaton*, supra, note 28, p. 485. Au même effet, M. Tancelin, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, no. 101, p. 56-57; A. Kahn, *op.cit.* note 5, p. 113 et seq. Tel que précédemment mentionné, nous croyons que cette théorie de l'«agent présumé autorisé» n'a été élaborée que pour cacher le fait que l'arrêt Charlebois venait véritablement renverser l'arrêt Magann sur la question fondamentale de ce qui est nécessaire pour compléter l'accord de volontés. Il n'y a aucune raison de conserver cette notion de nos jours.

II. Processus d'accord de volontés dans les contrats entre non-présents lorsque un ou des moyens de communication instantanés sont utilisés

La jurisprudence³³ et la doctrine³⁴ décident, de façon quasi-unanime³⁵, que le contrat conclu par téléphone l'est au lieu et au moment où l'acceptant prononce les paroles d'acceptation. Ainsi, contrairement aux accords de volontés conclus à l'aide de moyens de communication non-instantanés, ceux faits par l'intermédiaire du téléphone seront complétés par la seule acceptation.

Or, comment justifier que selon que l'accord de volontés sera conclu par téléphone ou autrement, la communication de l'acceptation à l'offrant sera ou non nécessaire? Comment expliquer que la notion même de ce qu'est véritablement l'accord de volontés varie selon le processus utilisé pour effectuer cet accord? L'on peut tenter de réconcilier cette jurisprudence concernant les contrats conclus par téléphone avec la jurisprudence traditionnelle. Le seul moyen de le faire c'est de considérer le téléphone comme étant un agent autorisé: la «remise» de l'acceptation au service téléphonique étant alors la réception de l'acceptation par l'agent autorisé de l'offrant. Mais, nous l'avons vu cette issue est impossible! Un téléphone ou même un réseau téléphonique, ça ne demeure qu'un appareil qui est donc, de jure, incapable d'être un agent. Et si l'on rétorque que c'est la compagnie qui exploite le réseau téléphonique qui peut être l'agent et non le réseau lui-même (ce qui est vrai) alors il faudrait 1°) vérifier si l'offrant fait affaires avec la même compagnie que l'acceptant et 2°) où exactement les réseaux téléphoniques de ces compagnies se rencontrent³⁶! Agir autrement, ce sera toujours confondre totalement le moyen de communications avec l'agent autorisé.

33. Paquet c. Balcer (1913), 44 C.S. 36; Sherwin c. Quebec Fish and Fruit Exchange Ltd. [1925] R.P. 387 (B.R.); Dion c. Chalifoux [1949] R.P. 42 (C.S.); Talbot c. Donnacona Paper Co. [1958] R.P. 202 (C.S.); Angers c. Burger Plywood Ltd. [1967] R.P. 378 (C.S.); Upper Canada Place Ltd. c. Classic's Little Books Ltd., C.A.M., 17 mars 1976, no. 555-755; Pisapia Construction Inc. c. Location d'Équipement Chicoutimi C.A.Q. 09-000149-75, 22 mars 1976; Bonavista Fabrics Ltd. c. Rosenthal & Rosenthal Inc., J.E. 83-781 (C.S.), conf. par [1984] C.A. 52; Sous-Ministre du Revenu c. Simpson-Sears Ltd. (1986) R.L. 37 (C.A.).

34. J.-L. Baudouin, op.cit. note 30, no. 117, p. 107; M. Tancelin, op.cit. note 32, no. 103, p. 58; A. Larouche, op.cit. note 31, no. 115, p. 129.

35. Canada Concrete Products Inc. c. Nicolet [1953] R.P. 432; Simpson-Sears Ltd. c. Sous-Ministre du Revenu [1983] C.P. 126, inf. par [1986] R.L. 37 (C.A.). Voir aussi, J. Pineau et D. Burman, op.cit. note 31, no. 47, p. 73-74.

36. Dans les faits, même si Bell Canada jouit d'un quasi-monopole au Québec, pas moins de 17 autres entreprises fournissent des services téléphoniques dans la province. On ne peut donc pas tenir pour acquis, contrairement à ce que se passe avec la poste, que tout le monde fait affaires avec Bell Canada.

Inutile d'ajouter que les tribunaux ne se posent pas ces questions-là avant de décider sommairement que les contrats conclus par téléphone, le sont au lieu et au moment où les paroles d'acceptation sont prononcées.

La seule raison, selon nous, pouvant donc rationnellement justifier cette différence réside dans les caractéristiques mêmes des conversations téléphoniques: celles-ci permettent un contact instantané entre les interlocuteurs de la même façon que la conversation normale des parties l'une en présence de l'autre. Ainsi, Josserand a pu écrire:

«On se demande si les contrats conclus par téléphone sont à traiter comme des contrats entre présents ou comme contrats entre absents: d'une part, ils interviennent entre correspondants éloignés l'un de l'autre; mais d'un autre côté, les demandes et les réponses sont transmises et échangées sans trait de temps; c'est une véritable conversation qui s'engage entre les intéressés qui, à un moment donné, acquièrent la certitude de la rencontre de leurs volontés. Cette dernière particularité nous paraît décisive; les contrats par téléphone sont à traiter comme conclus entre présents»³⁷.

Même si ni la doctrine ni la jurisprudence québécoise n'a jamais pu clairement expliquer pourquoi elle considérait que le contrat conclu par téléphone devait obéir à des règles différentes de celles régissant les autres contrats entre non-présents, nous croyons qu'elle l'a fait, et surtout qu'elle continue de le faire, en raison du caractère instantané de la communication entre les contractants³⁸.

En effet, le caractère instantané de la conversation téléphonique la rendant semblable à la conversation des personnes en présence l'une de l'autre, le processus de l'accord de volontés du contrat conclu par téléphone, devrait, en toute logique, obéir aux mêmes règles de formation que celles régissant les contrats conclus entre présents. Or, puisque selon une doctrine et une jurisprudence admise, ces derniers seraient conclus par le seul fait de l'acceptation (et non par la

37. L. Josserand, *op.cit.* note 5, p. 35.

38. Voir arrêts et auteurs cités aux notes 33 et 34. Les motifs des arrêts sont confus et contradictoires (voir, par exemple, la décision de la Cour d'appel dans *Sous-Ministre du Revenu c. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*, note 30, *passim*), tandis que la doctrine québécoise est pour le moins laconique sur le sujet.

connaissance par l'offrant que son offre a été acceptée) il s'ensuit que le contrat par téléphone serait lui aussi conclu au lieu et au moment de l'acceptation.

Mais, pour être logique, il faudra traiter pareillement tous les accords de volontés obtenus par des moyens de communications permettant un contact instantané³⁹. Dès lors, une question surgira inévitablement. Puisque les conditions du processus de l'accord de volontés sont différentes dans les communications instantanées et les communications non-instantanées: il faudra se demander pour chaque moyen de communication s'il est instantané ou non. Le télécopieur («fax») est-il plus près du téléphone que du courrier? et le télex? et les ordinateurs reliés par modem? Avec les progrès rapide de la technologie, cette question risque de devenir rapidement épineuse.

Plus fondamentalement, comment justifier le fait que la notion même de ce qu'est, dans notre droit, l'«accord de volonté» varie selon que le moyen de communication utilisé soit ou non instantané? C'est le concept même de consentement qui est en cause et on ne voit aucune raison pour que ce concept ne soit pas le même dans tous les cas.

A notre avis, toutes ces questions et incohérences pourraient être évitées dans la mesure où la prémisse de base de ce raisonnement est modifiée: même dans les contrats conclus entre présents, l'accord de volontés n'est véritablement complété que lorsque l'offrant sait, ou est présumé savoir, que son offre a été acceptée. C'est là l'objet de notre troisième partie.

III. Le processus d'accord de volontés dans les contrats entre présents

Tel que nous l'avons mentionné dans l'introduction, les auteurs et la jurisprudence affirment de façon lapidaire que les contrats entre présents se forment par l'acceptation pure et simple d'une offre valable⁴⁰. Dans la plupart des contrats formés entre présents, la généralité de ce genre d'énoncé ne suscite aucune difficulté. En règle générale, dans ces situations il n'y a aucun intérêt à déterminer le moment ou le lieu de formation du contrat.

39. Par exemple, A. Larouche, op.cit. note 31, no. 115, p. 129, écrit: «il faut considérer le "télex", de plus en plus employé, comme le téléphone: il s'agit d'une conversation téléphonique écrite».

40. Il nous semble inutile d'appuyer cette proposition tant les autorités sont nombreuses. Le lecteur peut toujours se référer aux ouvrages des doctrines cités aux notes 5,6,7,8 et 34.

Mais il demeure non moins vrai que dans certaines situations impliquant des contractants présents, il y a un intérêt pratique à déterminer de façon précise le lieu de formation du contrat ou le moment même de la rencontre des volontés. Ce n'est qu'en vérifiant la prémisse dans ces hypothèses, que nous pourrions en vérifier la validité. Comme l'a justement fait remarquer W.F. Chipman:

«In an ordinary contract where two persons meet face to face, the offer of the one is met on the spot by the acceptance of the other. The whole affair is so simple, in effect, that the offeror has not needed to perceive that there were really two distinct matters involved, firstly, the other's acceptance of his offer, and secondly, his knowledge of that acceptance»⁴¹.

Il s'agit donc d'imaginer des hypothèses où, quoique le contrat soit conclu entre présents, il importe de déterminer avec exactitude le lieu ou le moment de formation de l'entente. Prenons d'abord l'hypothèse d'un contrat en voie de conclusion entre deux personnes habitant la ville frontalière de Rock Island, une municipalité située à cheval sur la frontière séparant le Québec du Vermont. Du côté québécois de la ligne A fait une offre verbale de vente d'un objet quelconque à B qui se trouve à peine quelques pieds de lui mais en territoire américain. Sans se déplacer B accepte verbalement l'offre telle que faite. Bien qu'il s'agisse certainement d'un contrat entre présents, il n'est pas sans importance, dans cette situation, de déterminer où s'est formé le contrat, ne serait-ce que pour décider la juridiction compétente pour entendre un éventuel litige ou pour déterminer, à défaut de stipulation expresse des parties, la loi applicable au contrat⁴². Celui-ci s'est-il conclu à l'endroit où se trouve l'offrant (Québec) ou celui où se trouve l'acceptant (Vermont)?

Un autre exemple soulève un problème de détermination du moment où le contrat se forme. A offre de vendre à B pour tel prix, un certain objet. L'offre en question, comportant un délai de réflexion, est stipulée valable jusqu'à midi, le premier du mois. Les deux parties se donnent mutuellement rendez-vous à Montréal, le premier du mois à midi moins le quart aux coins des rues Peel et Ste-Catherine pour que la décision du pollicité soit annoncée à A. Malheureusement, le jour en question, B arrive légèrement en retard et au moment où il exprime à A son acceptation, ce dernier ne l'entend pas car à cet instant précis, cinq camions du service des incendies de la Ville de Montréal passent près

41. Loc.cit. note 22, p. 817.

42. Art. 8 C.c.B.-C.

d'eux avec sirènes et klaxons. Lorsque B est enfin en mesure de se faire entendre par A, le délai pour l'acceptation de l'offre est expiré et A se sent libéré de sa proposition. Y a-t-il eu formation du contrat par l'acceptation de B avant l'expiration du délai, alors que le pollicitant n'a pas entendu la réponse en temps utile?

Pour répondre à ces questions, tout comme pour les contrats entre non-présents, il faut nécessairement décider ce qu'est l'accord de volontés. Celui-ci n'est-il que deux volontés qui coexistent (et qui peuvent s'ignorer) ou s'agit-il plutôt d'une rencontre de deux volontés qui se connaissent réciproquement?

Lorsque, dans les contrats entre non-présents, cette question s'est posée, nous avons vu que la jurisprudence québécoise a opté pour la deuxième conception. Pourquoi en irait-il autrement lorsque les contractants se trouvent en présence l'un de l'autre? Puisque les arguments, déjà exposés, en faveur de l'une ou l'autre de ces thèses sont également applicables au contrat entre présents, la rigueur exige que la solution soit la même dans ces deux situations.

D'ailleurs, dans deux arrêts québécois de première instance, décidés en 1901, les juges ont exprimé leur adhésion à ce point de vue. Même s'il s'agissait dans les deux cas de causes traitant de contrats entre absents, il est utile de voir le raisonnement des magistrats.

Dans *Hislop c. Bernatz*, le juge Mathieu a écrit:

«L'acceptation ne rend le contrat parfait qu'à partir du moment où elle parvient à la connaissance de celui qui a fait l'offre. C'est ainsi que se forme régulièrement le contrat lorsque les deux parties sont présentes. L'acceptant entend ce que veut le pollicitant, et celui-ci entend la réponse qui est faite à ses offres; voilà le vrai concours de volontés, chacune des parties intéressées sachant ce que veut l'autre»⁴³.

(nos italiques)

Dans le même sens, le juge Tellier, dans *Reeves v. McCulloch*, a exprimé l'opinion:

43. Supra, note 16, p. 457.

«[qu']une convention exige non seulement le concours de deux volontés, mais encore leur manifestation réciproque, et que cette manifestation n'existe pour chaque partie que lorsqu'elle lui arrive par les sens dans les conventions verbales, par la réception de la lettre dans les marchés par correspondance; que tant qu'une des parties ignore le concours de volontés d'où résulte la convention, celle-ci n'existe pas pour elle»⁴⁴.

Du côté de la doctrine, Larombière avait également noté que:

«Je vous écris pour vous proposer la vente de ma maison. La convention ne s'achèvera que par votre acceptation connue de ma part (...). Les choses ne se passent pas autrement quand on correspond que quand on s'abouche»⁴⁵.

A la lumière de ce que nos tribunaux ont décidé dans les contrats entre non-présents, nous voyons donc que la solution aux hypothèses soulevées pour illustrer nos propos repose nécessairement sur l'idée que non seulement les deux volontés doivent coexister, mais que cette coexistence doit être connue des deux contractants. Ainsi, dans le premier cas, (celui du contrat conclu à Rock Island) le contrat serait formé au Québec car la réponse est parvenue au pollicitant qui se trouvait en territoire québécois. Dans le deuxième cas, l'offre serait caduque à cause de l'acceptation tardive - la réponse n'étant entendue qu'après l'expiration du terme convenu. Dans ces deux hypothèses, les solutions proposées ne sont que l'application de la notion de l'«accord de volontés» tel que l'a conçu la jurisprudence québécoise, afin de résoudre le problème des contrats par correspondance. De plus, cette conception, loin d'être méconnue par le droit positif québécois, trouve une consécration formelle à l'art. 787 du Code civil en matière de donations. Ceci est d'autant plus remarquable si l'on considère que le Code actuel ne contient aucune disposition énonçant une règle générale quant aux contrats entre non-présents, une lacune qui a dû être suppléée par la jurisprudence en l'absence de directives législatives.

La raison principale qui milite en faveur de la reconnaissance de cette conception de l'accord de volontés comme fondement général du droit contractuel est que la notion de consensualisme est antithétique à

44. Supra, note 16, p. 288.

45. Op.cit. note 7, p. 20.

l'idée qu'un pollicitant puisse être lié à son insu. Il faut donc consacrer, au moins en principe, la théorie de l'information.

Dans les contrats entre présents, cela ne pose guère de difficultés: il ne saurait être question d'appliquer la théorie de la réception, puisque dans cette hypothèse, réception et information coïncident. Dans les contrats entre non-présents, au contraire, certains aménagements de la théorie de l'information sont rendus nécessaires à cause de certaines considérations pratiques de preuve; d'où l'adoption de la théorie de la réception qui n'est qu'une simple présomption: l'offrant est réputé être informé de l'acceptation dès qu'il peut en prendre connaissance, i.e. dès qu'elle est en sa possession, qu'il le fasse ou non.

Appliquant ces principes au contrat conclu par téléphone, il est évident que celui-ci devrait être considéré conclu, non pas au lieu où les paroles d'acceptation sont prononcées, comme le décide la jurisprudence actuelle, mais bien au lieu où l'offrant entend ces paroles d'acceptation, car c'est seulement à ce moment qu'il y a rencontre de volontés. C'était d'ailleurs la solution retenue, à bon droit, dans l'affaire *Canada Concrete Products Inc. c. Nicolet*⁴⁶.

CONCLUSION

La règle de base en ce qui a trait à la conclusion du contrat est donc fort simple: en toute hypothèse, nous croyons que le contrat est conclu lorsque l'offrant a une connaissance réelle ou présumée de l'acceptation du pollicité. Ce principe s'applique tant aux contrats entre présents qu'aux contrats entre non-présents. Aussi devient-il inutile de se demander si les moyens de communications sont instantanés ou non et d'appliquer aux premiers des règles différentes des seconds.

A cet égard, il est intéressant de voir si l'Avant-projet de la Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des obligations aurait pour effet de modifier ce principe. L'art. 1430 se lit comme suit:

«Le contrat est conclu au lieu et au moment où l'acceptation est reçue par l'offrant, quel que soit le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont réservé leur accord sur certains éléments. secondaires».

46. Supra, note 35.

Il est évident que la première partie de cet article fut inspirée par l'art. 19 du livre V du Projet de Code Civil qui proposait que «le contrat se forme au lieu et au moment où l'offrant reçoit l'acceptation»⁴⁷. Selon les commentaires de l'Office de Révision du Code Civil accompagnant le Projet de Code Civil, l'article proposé devait régir les contrats entre non-présents ainsi que les contrats par correspondance. Son but était de mettre de côté la solution retenue par la Cour suprême dans *Charlebois*⁴⁸.

Il y a lieu de noter d'abord que la note explicative de l'ORCC perpétue l'interprétation erronée de *Charlebois* voulant que cet arrêt ait édicté une solution au dilemme des contrats par correspondance basée sur les moyens de communication utilisés plutôt que sur la notion «d'agent autorisé».

En réalité, comme nous avons tenté de le démontrer, les propositions de l'ORCC et de l'Avant-projet sur les obligations ne sont que la consécration de la théorie de la réception pour les contrats entre non-présents puisque c'est la réception par l'offrant ou par son agent expressément, implicitement ou présumément «autorisé» qui a complété l'accord de volontés. Aussi, loin d'être une solution nouvelle en droit québécois, ce que proposent le Projet de l'ORCC et l'avant-Projet ne font que confirmer ce que *Charlebois* avait effectivement décidé.

De plus, contrairement à ce que dit l'ORCC, cette solution ne nous semble pas devoir se restreindre aux contrats inter absentes mais devrait aussi s'appliquer au contrat entre présents.

Enfin, il faudra reconnaître à la théorie de la réception son statut véritable en droit - un pis aller pour éviter des injustices résultant du monopole que posséderait autrement le pollicitant sur la preuve de la connaissance de l'acceptation de l'offre en matière de contrats entre non-présents. Donc, à l'exception de cet aménagement destiné à rétablir un équilibre entre les parties quant à la preuve de la conclusion d'une convention entre non-présents, la théorie applicable à la formation du contrat est celle de l'information et l'accord de volontés, dans notre droit, est plus que la simple coexistence de deux volontés qui s'ignorent.

47. L'autre partie portant sur les éléments secondaires, est tirée de l'art. 36 du livre V du Projet de Code Civil.

48. Loc.cit., note 30, p. 610. («Dans cette affaire, en effet, la Cour suprême a adopté la théorie de la réception lorsque l'offre et l'acceptation n'ont pas été communiquées par un même moyen. Lorsqu'au contraire les deux futurs contractants ont utilisé un mode de communication identique, la théorie de l'expédition subsiste. On a choisi entre ces deux théories défendables celle qui paraissait présenter le moins d'inconvénients pratiques.»).

Comme l'a si bien dit le juge Anglin, dans l'affaire Charlebois:

«To make a contract, the law requires communication of offer and acceptance alike either to the person for whom each is respectively intended, or to his authorized agent»⁴⁹.

Cette solution, avec l'élimination de la présomption voulant que l'offrant nomme comme mandataire, pour recevoir en son nom l'acceptation, la personne qu'il utilise pour faire parvenir son offre⁵⁰, nous semblerait simplifier grandement le droit québécois en cette matière.

49. Supra, note 23, p. 11.

50. Voir notre note 32, supra, p. 14.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA COPROPRIÉTÉ DIVISE ÉTABLIE PAR DÉCLARATION et LA
CONVERSION DES IMMEUBLES LOCATIFS EN COPROPRIÉTÉ DIVISE
- BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Auteur(s) : Serge ALLARD

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 203-214

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

LA COPROPRIETE DIVISE ETABLIE PAR DECLARATION et LA CONVERSION DES IMMEUBLES LOCATIFS EN COPROPRIETE DIVISE - BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

par Serge ALLARD*

Le droit civil régissant la copropriété divise établie par déclaration a, tout comme la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 20 ans cette année. Nous avons jugé opportun de souligner cet anniversaire par l'édition de la présente bibliographie dans l'espoir qu'il puisse s'agir d'une contribution pertinente au développement déjà exceptionnel de ce nouveau droit.

LEGISLATION

Code civil du Bas-Canada, art. 441b à 442q, 2103, 2175.

Loi concernant la copropriété des immeubles, L.Q. 1969, c. 76.

Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1979, c. 48.

Loi modifiant la loi sur la Régie du logement et le Code civil, L.Q. 1987, c. 77.

Loi modifiant le Code civil en matière de copropriété et d'emphytéose, L.Q. 1988, c. 16.

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, L.Q. 1987, c. 18, art. 1077 à 1149 (non en vigueur).

*. Notaire et professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. L'auteur remercie le professeur Pierre-Claude Lafond pour sa contribution à la préparation et à l'édition de cette bibliographie. La recherche est à jour au 1er novembre 1989.

Loi prolongeant et modifiant la loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires, L.Q. 1975, c. 84.

Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., c. R-8.1.

ARTICLES

ALLARD, S., «Les quote-parts particulières de charges en copropriété», [1989] R.D.I. 451.

ALLARD, S., «Aspects juridiques spécifiques aux petites copropriétés», (1988) XII Actualité immobilière 3 : 26.

ARCHAMBAULT, N. et J.-Y. CRETE, «Conversion d'un immeuble locatif en copropriété divise; droits et obligations des propriétaires et des locataires», [1988] 4 C.P. du N. 227.

BALANGERO-BIRTZ, L., «Les lois du futur: copropriété», (1975) 35 R. du B. 669.

BEAUDOIN, P., «La déclaration de copropriété», (1974-1975) 9 F.P.B.Q. 40.

BEAUDOIN, P. et B. MORIN, «La copropriété des immeubles au Québec», (1970) 30 R. du B. 4.

BEGIS, G., «Le point de vue de l'arpenteur-géomètre», [1988] 4 C.P. du N. 123.

BELAIR, J., «Le créancier hypothécaire et la copropriété», (1972) 32 R. du B. 401.

BINETTE, S., «De la copropriété indivise et divise et de la propriété superficière», [1988] 4 C.P. du N. 107.

COMTOIS, R., «La copropriété des immeubles bâtis», [1969] C.P. du N. 77.

COMTOIS, R., «La loi concernant la copropriété des immeubles», dans Lois Nouvelles II, Montréal, P.U.M., 1970, p. 65.

COMTOIS, R., «La copropriété des immeubles», (1970-1972) 2 Manuel du notaire 59.

COMTOIS, R., «L'hypothèque et la copropriété», (1972-1973) 75 R. du N. 150.

COMTOIS, R., «L'article 51 de la Loi instituant la Régie du logement (enregistrement d'une déclaration de copropriété) ne s'applique pas à un immeuble "vacant"», (1981-1982) 84 R. du N. 97.

COMTOIS, R., «Copropriété: le mandat d'aliéner les parties communes, quoique général, est jugé suffisant quand la convocation précise l'ordre du jour de façon complète et détaillée», (1985-1986) 88 R. du N. 354.

COMTOIS, R., «Le vendeur d'une copropriété peut-il exiger que l'acquéreur lui rembourse ses contributions au fonds de réserve?», (1986-1987) 89 R. du N. 238.

COMTOIS, R., «La copropriété, quinze ans après», (1987-1988) 55 Assurances 24.

COMTOIS, R., «L'immutabilité de la déclaration de copropriété», [1987] R.D.I. 339.

COMTOIS, R., «Copropriété: l'assemblée des copropriétaires ne peut imposer des frais de non-résident aux copropriétaires qui n'habitent pas les appartements - Immutabilité de la déclaration de copropriété», (1988) 91 R. du N. 82.

COMTOIS, R., «Le droit de la copropriété des immeubles en droit québécois», R.D.-Biens, Doctrine, doc. 2.

CRETE, J.Y., «La conversion d'immeubles locatifs», (1988) 11 Les Cahiers de la Direction de la recherche et de l'information 1 : 327.

DUCHARME, G., «Trois copropriétés: un centre communautaire», [1988] 4 C.P. du N. 3.

DUCHARME, G., «Copropriété horizontale: un terrain nu peut-il être une partie exclusive?», [1988] 4 C.P. du N. 131.

DUCHARME, G., «Représenter l'acheteur d'un condominium», [1988] 4 C.P. du N. 173.

DUVAL, A., «Trois questions sur le fonctionnement juridique d'un condominium», (1980-1981) 83 R. du N. 349.

FRENETTE, F., «Emphytéose et copropriété par déclaration: la démystification d'une coexistence», (1987-1988) 90 R. du N. 145.

FRENETTE, F., «Note sur la copropriété par phase», (1988) 91 R. du N. 200.

FRENETTE, F., «Intervention récente du législateur en matière d'emphytéose et de copropriété», [1988] 5 C.P. du N. 469.

GOULET, M., «La copropriété», (1975) 35 R. du B. 675.

GOULET, M.-M., «Copropriété née d'emphytéote», (1972) 32 R. du B. 491.

GOULET, M.-M., «Les aspects généraux du condominium», (1974-1975) 9 F.P.B.Q. 95.

GRENIER, R. et D. LACROIX, «Alternatives à la copropriété par déclaration», (1983-1984) 86 R. du N. 132, 295.

HELEINE, F., «Nouvelle contribution dans le domaine de la copropriété», (1972) 32 R. du B. 413.

JOBIN, F., «Les formules d'habitation du futur: copropriétés et coopératives», (1975) 35 R. du B. 632.

KATZ, T.-T., «Opérations cadastrales et copropriété divisée», (1989) 91 R. du N. 532.

LAFLAMME, G., «Acquisition d'un immeuble par une copropriété et partie commune à usage exclusif vs partie exclusive», [1988] 4 C.P. du N. 157.

LAFLAMME, G., «Trois copropriétés associées», [1988] 4 C.P. du N. 71.

LAFLAMME, S., «La Loi instituant la Régie du logement», [1984] C.P. du N. 97.

LANDRY, B.-J., «Comment réaliser une seule copropriété en plusieurs phases», [1988] 4 C.P. du N. 33.

LANDRY, B.-J., «Copropriété horizontale. Les immeubles non bâtis peuvent faire l'objet de la répartition prévue à l'article 441b du Code civil - et - Le droit à l'usage exclusif d'une partie commune peut-il faire l'objet d'un acte de vente?», [1988] 4 C.P. du N. 139.

LANDRY, B.-J., «La vente d'un appartement dans un immeuble qui a fait l'objet d'une déclaration de copropriété», R.D.-Vente, Doctrine, doc. 3.

LEGAULT, R., «La copropriété (Bill 29), première partie: la déclaration de copropriété», [1970] C.P. du N. 7.

MANSEAU, D., «La copropriété, troisième partie: l'assemblée des copropriétaires», [1970] C.P. du N. 37.

MILLOWITZ, S., «La copropriété», (1975) 35 R. du B. 664.

MOREAU, R., «Les assurances relatives aux immeubles en copropriété: caractéristiques et distinctions», (1982-1983) 50 Assurances 162.

PINEAU, J., «Copropriété par appartement et copropriété horizontale», (1970) 5 R.J.T. 265.

RAINVILLE, F., «La copropriété (Bill 29), deuxième partie: la déclaration de copropriété», [1970] C.P. du N. 21.

ROBITAILLE, C., «La copropriété des immeubles», (1975) 16 C. de D. 509.

SIAG, A., «La copropriété, les droits de superficie, d'usufruit et la coopérative d'habitation», (1984) 87-89 F.P.B.Q. 259.

SIAG, A., «La copropriété et son financement», (1982) 67-71 F.P.B.Q. 259.

THIBAUT-ROBERT, L., «Les contraintes imposées par le législateur à la libre utilisation et disposition d'un immeuble en location: le rôle de la Régie du logement», [1980] C.P. du N. 293.

VALLEE-OUELLET, F., «Les droits et obligations des copropriétaires», (1978) 24 McGill L.J. 196, 359.

FORMULAIRES

ALLARD, S., S. BINETTE et B.-J. LANDRY, «Déclaration de copropriété à destination mixte (clauses particulières relatives aux parties commerciales dans une copropriété à destination mixte)», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.4.

ALLARD, S., S. BINETTE et B.-J. LANDRY, «Déclaration de copropriété à l'horizontale (clauses particulières relatives à un immeuble composé de trente unités (maisons) en rangée)», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.5.

ALLARD, S., S. BINETTE et B.-J. LANDRY, «Déclaration de copropriété avec unités de garage (clauses particulières relatives à un immeuble dont les unités (intérieures) de garage sont à usage exclusif)», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.6.

ALLARD, S., S. BINETTE et B.-J. LANDRY, «Enregistrement de la nomination des administrateurs», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.7.

ALLARD, S., S. BINETTE et B.-J. LANDRY, «Déclaration de copropriété sur des terrains non construits», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.8.

BINETTE, S., «Déclaration de copropriété annotée (formule longue pour copropriété de cinquante unités ou plus)», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.

BINETTE, S., «Votes en assemblée des copropriétaires (tableau des différents consentements requis)», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.1.

BINETTE, S. et S. ALLARD, «Déclaration de copropriété (formule courte pour copropriété de huit unités ou moins)», R.D.-Biens, Formulaire, doc. 1.3.

CONFERENCES, COLLOQUES

ALLARD, S., «Notions élémentaires de droit civil relativement à la vente d'un immeuble détenu en copropriété divise», Collection l'Essentiel immobilier, (Association de l'Immeuble du Québec, 1989), 71 p.

BOTTOMLEY, J. «Avoiding the Pitfalls of Condominium Financing: a Business Perspective» (Acte du colloque Marketing et développement de condominium et d'habitation en copropriété, Canadian Institute, mars 1989), p. H-1.

BOUCHARD, L., «Financement hypothécaire de la copropriété divisée» (Association du Barreau Canadien, nov. 1988), 35 p.

BOUCHER, S., «Les modes de copropriété dans le contexte québécois» (Acte du colloque Marketing et développement de condominium et d'habitation en copropriété, Canadian Institute, mars 1989), p. F-1.

BRIERLY, J.E.C., «Droit nouveau, étude et commentaires sur le projet de Loi 20» (Association du Barreau Canadien, déc. 1988), 7 p.

CLARE, R., «Co-ownership Development of Emphyteotic Lands» (Acte du colloque Marketing et développement de condominium et d'habitation en copropriété, Canadian Institute, mars 1989), p. C-1.

CRETE, J.-Y., «Développement des immeubles en copropriété» (Actes du colloque Développement des immeubles en copropriété, Canadian Institute, sept. 1987), p. A-1.

CROCHETIERE, S., «Le contentieux concernant la copropriété» (Association du Barreau Canadien, fév. 1989), 14 p.

DRAPEAU, C., «Conversion d'un immeuble déjà bâti en copropriété divisée» (Association du Barreau Canadien, nov. 1988), 37 p.

GODIN, R.-P., «Emphytéose et copropriété» (Association du Barreau Canadien, nov. 1988), 29 p.

GRATTON, L., «Copropriété par phases» (Association du Barreau Canadien, oct. 1988), 19 p.

HARDY, J.-P., «Déclaration de copropriété divisée» (Association du Barreau Canadien, oct. 1988), 36 p.

JOLICOEUR, L., «Investissement immobilier: aspects civils» (Colloque sur l'investissement immobilier, A.Q.P.F.S., 1986), 157 p.

LANGLAIS, R., «La levée du moratoire aux calendes grecques?» (Actes du colloque Développement des immeubles en copropriété, Canadian Institute, sept. 1987), p. B-1.

MARSOLAIS, P., «Copropriété par phases» (Association du Barreau Canadien, oct. 1988), 14 p.

O'BRIEN, P., «"Co-operative" Conversion of Apartment Building» (Acte du colloque Marketing et développement de condominium et d'habitation en copropriété, Canadian Institute, mars 1989), p. E-1.

RIENDEAU, D.-A., «Le projet de Loi 20: un nouveau régime pour la copropriété divise ou indivise» (Actes du colloque Développement des immeubles en copropriété, Canadian Institute, sept. 1987), p. F-1.

RIENDEAU, D.-A., «L'emphytéose et la copropriété: juxtaposition de deux concepts juridiques complexes» (Congrès 1989, Barreau du Québec, mai 1989), 24 p.

SCHUBERT, R., «Avoiding a Pitfall Peculiar to Condominium Financing: a Legal Perspective» (Acte du colloque Marketing et développement de condominium et d'habitation en copropriété, Canadian Institute, mars 1989), p. G-1.

SIAG, A.-J., «Documents et enregistrements» (Actes du colloque Développement des immeubles en copropriété, Canadian Institute, sept. 1987), p. E-1.

SZMIGIELSKI, L., «Copropriété à vocation multiple» (Congrès 1989, Barreau du Québec, mai 1989), 31 p.

THEMENS, P.-A., «Questions résultant de la propriété multiple de projets» (Actes du colloque L'aménagement foncier, Canadian Institute, sept. 1988), p. B-1.

YELIN, L., «Finding condominium development» (Actes du colloque Développement des immeubles en copropriété, Canadian Institute, sept. 1987), p. C-1.

JURISPRUDENCE

Administrators of Briar Cliffe Condominium Reg. c. Chanteclerc Developments Inc., C.S. Montréal, no 500-05-016654-814, 12 février 1982 (administrateur - capacité).

Alain c. 2163-1379 (Québec) Inc., J.E. 85-217 (C.S.) (majorité - vote des administrateurs).

Albanna c. 2423-9782 Québec Inc., [1988] R.D.I. 642 (C.S.) (parties exclusives - parties communes).

Aménagements R.F.I. Inc. c. Zubatoff, J.E. 80-653 (C.S.) (privilèges - formalités).

Ascenseurs RE-NO Ltée c. Domaine du Barrage Laval Inc., J.E. 84-1051 (C.S.) (privilèges - formalités - divisibilité).

Banque de Montréal c. Bolle, [1986] R.D.I. 778 (C.P.) (privilèges - radiation, exigibilité des charges).

Beaufort Realities (1964) Inc. c. Tessier, [1976] D.C.L. 41 (conversion).

Carmel c. Bouthillier, [1988] R.J.Q. 1168 (C.A.) (modification à la déclaration de copropriété - contribution aux charges).

Chaim c. Clément, [1986] R.J.Q. 2282 (C.S.) (privilèges - formalités).

Chanteclerc Developments Inc. c. Lerner, [1987] R.J.Q. 551 (C.S.) (modification à la déclaration - restriction au pouvoir de location - destination).

Construction Encore Ltée c. Les Constructions Générales L.D.R.D. Inc., [1985] C.S. 845 (privilège - enregistrement sur les parties exclusives seulement).

Copropriété Le Garnier c. Boutet, C.P. Québec, no 200-32-001014-800, 5 septembre 1980 (statut juridique de l'assemblée des copropriétaires).

Corporation Municipale de la Ville de Beaufort c. Paré, [1988] R.D.I. 647 (C.P.) (location - taxe d'affaires).

Creatchman c. Belcourt Construction Co., [1976] C.S. 614 (responsabilité des administrateurs).

Delaney c. Mounet, [1988] R.D.I. 701 (C.Q.) (parties communes à usage exclusif, modifications, contribution aux charges, privilège).

Entreprises Intégrées du Polyèdre Inc. c. Gelly, [1979] C.A. 288 (privilèges - possession tardive).

Fournier c. Lesiège, [1986] R.D.I. 789 (C.S.) (destination, usage d'une partie exclusive, abus de droit).

Gadanyi c. Booth, [1983] R.J.Q. 151 (C.P.) (charges communes - dation en paiement - effet rétroactif).

Gariepy c. P.G. du Québec, [1982] C.S. 255 (conversion).

Gauthier c. P.G. du Québec, C.S. Montréal, no 500-05-008722-835, 26 juillet 1983 (conversion).

Gestion Raymond Moriset Inc. c. Ville de Cap-Rouge, J.E. 89-12 (C.A.) (copropriété - zonage).

Girard c. 2171-6840 Québec Inc., [1988] R.D.I. 178 (C.S.) (promesse de vente, saisie avant jugement, dépôt de la subdivision cadastrale).

Glazer c. Smiley, C.S. Montréal, no 500-05-010811-832, 14 janvier 1985 (administrateur - capacité).

Immeubles Francana Ltée c. P.G. du Québec, [1981] D.R.L. 120 (conversion).

Klein c. La Corporation Immobilière le Callière Inc., [1987] R.J.Q. 626 (C.S.) (offre d'achat - livraison tardive - privilèges).

Krebs c. Paquin, [1986] R.J.Q. 1139 (C.S.) (utilisation d'une partie exclusive - destination).

Lambert c. Compagnie de Construction Belcourt Ltée, [1981] C.S. 949 (déclaration de copropriété - vote - formalité plus lourde que celle prévue par la loi).

Lamtech Inc. c. Domaine du Barrage Laval Inc., J.E. 86-964 (C.A.) (privilèges - formalités - divisibilité).

Lavigne c. Fitzwilliam, [1986] R.J.Q. 2482 (C.P.) (contribution aux charges).

Longpré c. Guérard, [1988] R.J.Q. 1075 (C.S.) (agrandissement d'une partie exclusive - action en bornage contre les administrateurs).

Nault c. Grenat, [1987] R.D.I. 575 (C.S.) (enregistrement sur ancienne désignation - contre-lettre).

Opticum Inc. c. Construction Méthot Inc., [1985] C.S. 817 (copropriété par phases - fin des travaux).

Parenteau c. P.G. du Québec, [1982] C.S. 832 (conversion).

Placements Nouvelle-Vie Ltée c. Ryan, [1987] R.D.I. 277 (C.S.) (détermination des parties communes - responsabilité des administrateurs).

Pottel c. Stone Electrique Inc., [1983] C.S. 255 (privilège - formalités - divisibilité).

Presidential Towers (Montreal) Inc. c. Lackman, [1975] D.C.L. 16 (conversion).

Renda c. Investissements Contempra Ltée, J.E. 82-928 (C.P.) (usage des parties communes - réglementation).

Robert Thibault et Associés Communications Inc. c. Habitations M.S.A. Inc., [1988] R.D.I. 596 (C.S.) (mission et pouvoirs de l'administrateur).

Robinson c. Barclay, [1974] C.S. 202 (vote - formalités).

Roy c. Benoît, J.E. 85-1098 (C.S.) (conditions d'utilisation des parties exclusives - abus de droit - infraction).

Roy c. Société Immobilière du Cour le Royer Inc., [1987] R.J.Q. 1539 (C.S.) (copropriété établie sur un immeuble sujet à emphytéose).

Rubinger c. Belcourt Construction Co., [1986] R.D.I. 737 (C.S.) (pouvoirs des administrateurs).

Talladira c. Manoir Montpellier Ltée, [1987] R.J.Q. 440 (C.S.) (vente - vice caché - responsabilité des administrateurs).

Therrien c. Gilbert, [1989] R.D.I. 113 (C.S.) (assemblée des copropriétaires - convocation - formalités - destitution des administrateurs).

91984 Canada Ltée c. P.G. du Québec, [1982] C.S. 534 (conversion).

103869 Canada Ltée c. P.G. du Québec, [1982] C.S. 839 (conversion).

146132 Canada Inc. c. Lesage, J.E. 87-579 (C.S.), (privilèges - formalités - divisibilité).

DROIT EUROPEEN

MONOGRAPHIES

AEBY, F., La propriété des appartements, Bruxelles, Emyle Bruylant, 1983, 788 p.

ATIAS, C., La copropriété des immeubles bâtis dans la jurisprudence, Paris, Editions techniques, 1989, 353 p.

GIVORD, F. et C. GIVERDON, La copropriété, Paris, Dalloz, 1987, 644 p.

HECK, D., La copropriété en France et à l'étranger, Vosges, Heck et Laurent, 1977, 109 p.

KISCHINEWSKY-BROQUISSE, E., La copropriété des immeubles bâtis, Paris, Litec, 1989, 873 p.

WEISMANN, M., Copropriété, coll. «Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires», Paris, J. Delmas et Cie, 1989, 243 p.

ZURFLUH, A., P. LEBATTEUX, et J. BARNIER-SZTABOWICZ, Droit et pratique de la copropriété, Paris, Editions du Moniteur, 1988, 2 tomes, 539 p.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : HISTOIRE ET DROIT EN SYMBIOSE : UNE APPRÉCIATION DE
L'OUVRAGE DE DESMOND H. BROWN « THE GENESIS OF THE
CANADIAN CRIMINAL CODE OF 1892 »

Auteur(s) : Louise LABRECHE-RENAUD

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : **215-217**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13549>

Page vide laissée intentionnellement.

HISTOIRE ET DROIT EN SYMBIOSE: UNE APPRECIATION DE L'OUVRAGE DE DESMOND H. BROWN «THE GENESIS OF THE CANADIAN CRIMINAL CODE OF 1892»*

par Louise LABRECHE-RENAUD**

L'ouvrage de Desmond H. Brown est une perle historique pour les juristes. Avant lui, l'étude de Graham Parker¹ avait permis de connaître, en substance, l'origine du premier code criminel canadien. Les écrits plus anciens de George Crouse² et de John Power³ pouvaient alors être mis de côté. Comme le souligne Brown avec justesse, tous ces auteurs s'étaient surtout concentrés sur le contenu et les normes d'application du code, pour reléguer dans l'ombre les raisons importantes de la codification. Ce sont ces derniers motifs que le professeur de l'Université de l'Alberta cerne avec toute l'habileté et la vivacité d'un historien chevronné, qui sait comment tirer le meilleur parti possible de sa documentation.

Six chapitres principaux forment le corps de l'oeuvre. Ils traitent tour à tour du sens du concept de «code», des tentatives de codification en Angleterre au XIX^e siècle, de la disparité des lois pénales dans les diverses colonies formant le «British North America», des efforts axés sur l'amélioration du style du droit statutaire et sur la consolidation des lois particulières canadiennes avant et après la Confédération et enfin de l'arrivée du Code criminel canadien en 1892, ainsi que l'accueil que les milieux juridiques et la population lui ont réservé.

L'oeuvre de Brown est claire et structurée. On y retrouve une mine de renseignements sur le climat juridique et politique préparatoire à la codification, sur les hommes qui ont été directement

*. Desmond H. BROWN, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, The Osgoode Society, 1989, 253 p.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. Graham PARKER, «Origins of the Canadian Criminal Code», dans David H. FLAHERTY, *Essays in the History of Canadian Law*, Vol. 1, Toronto, The Osgoode Society, 1981, p. 249.

2. George CROUSE, «Critique of Canadian Criminal Legislation», (1934) 12 R. du B. Can. 545 et 601.

3. John POWER, *The Criminal Code of Canada*, thèse de doctorat, Ste-Foy, Faculté de droit, Université Laval, 1928.

impliqués dans le processus, les Gowan, Burbidge, Sedgewick et Taschereau, leurs conflits de perspectives et leurs relations avec les juristes anglais, et surtout sur les visées du ministre de la Justice, Sir John Thompson. Grâce à son laconisme, ce dernier a réussi à faire adopter la mesure par les deux chambres du Parlement, avec célérité, avant même que ces dernières ne puissent s'inquiéter des effets d'un tel changement. L'auteur coiffe sa recherche d'un long épilogue où il fait état de la restructuration de 1955, négligée par Parker, et qui sert aujourd'hui de tremplin à la Commission de réforme du droit du Canada⁴ pour essayer de faire du droit pénal canadien un droit complètement autonome quant à l'aménagement de ses structures. Depuis 1976, la Commission vise, en effet, à bâtir une partie générale qui regrouperait tous les principes généraux applicables en droit pénal, ce qui est plus en accord avec l'approche et la forme des codes européens.

On peut sans doute formuler un léger reproche à l'endroit de Brown pour n'avoir qu'effleuré dans un premier chapitre, les différences majeures entre les deux types de codification. Cependant, la situation est en grande partie corrigée par son insistance sur les objectifs poursuivis par les hommes politiques et les juristes canadiens du XIX^e siècle. Ces derniers veulent clarifier, systématiser, réduire et surtout rendre la loi, dispersée dans une multitude de documents juridiques et judiciaires, plus accessible. Pour réussir, il n'était pas utile de se défaire de la Common Law. C'est ainsi, nous dit Brown, que le besoin d'unité nationale, mis en relief par Parker, n'a pas été le moteur principal du code. Il n'était qu'un vieux rêve caressé par Sir John Alexander MacDonald.

L'ouvrage du savant historien albertain ne contient pas de bibliographie, en bonne et due forme. En revanche, cette dernière est avantageusement remplacée par une soixantaine de pages de références luxuriantes et par des explications généreuses quant aux sources d'information disponibles et aux difficultés qui attendent les chercheurs désireux de consulter les documents du ministère de la Justice, ainsi que ceux qui se trouvent aux Archives nationales du Canada.

4. COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Notre droit pénal, rapport no. 3, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976; GOUVERNEMENT DU CANADA, Le droit pénal dans la société canadienne, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982; Commission de réforme du droit du Canada, Pour une nouvelle codification du droit pénal, Vol. 2, rapport no. 30, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 131.

Toutes les personnes qui, à l'heure actuelle, s'intéressent au droit pénal, à ses objectifs et à son évolution vers l'autonomie parfaite, seront enchantés et tireront avantage d'une telle lecture. Tout en respirant un climat d'époque et tout en pressentant les besoins politiques et sociaux du XIX^e siècle, le lecteur en arrive à comprendre un peu mieux les problèmes juridiques dont nous sommes encore héritiers, à la fin de notre siècle.